God
340
Mer/Rep
79292

BOMBAY BRANCH
OF THE
Royal Asiatic Society.

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 18 July, 2018

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

INS.-INT.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION,

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,
AUGMENTÉE 1° DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2° DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3° DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;
CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4° ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME QUINZIÈME.

79292

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

MDCCCXXVI.

IMPRIMERIES DE C. J. DE MAT FILS ET H. REMY, ET P. J. VOGLET.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE.

§ I. INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE. Nous avons promis, au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 3, art. 1, n°. 1, d'examiner ici,

1°. ce que c'est que l'Inscription;

2°. comment elle est nécessaire pour donner à l'hypothèque son complément ou son efficacité;

3°. comment l'hypothèque légale des femmes et des mineurs est exceptée de cette règle, jusqu'où s'étend cette exception et quels en sont les effets;

4°. quelles sont les circonstances où l'Inscription ne peut plus être prise utilement;

5°. quelles sont les formes de l'Inscription;

6°. quels sont les effets de l'hypothèque entre les créanciers;

7°. quels sont les effets de l'hypothèque contre le tiers-détenteur;

8°. comment les hypothèques peuvent être réduites et comment elles s'éteignent.

A ces huit questions principales, qui se subdivisent en une foule de branches, nous en ajouterons plusieurs auxquelles donne lieu l'art. 2154 du Code civil concernant la péremption décennale des Inscriptions hypothécaires.

Nous examinerons ensuite,

Si l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 est applicable aux Inscriptions prises pour conserver des hypothèques acquises avant la publication de cette loi;

Si ces hypothèques peuvent, à l'égard des biens d'une faillite ou déconfiture, être conservées sans Inscription;

Si une Inscription perd son effet, par cela seul que la dixième année du jour où elle a été prise, a expiré pendant les discussions qui se sont élevées sur l'ordre ouvert après une expropriation forcée dont le titre a été transcrit;

Si le créancier hypothécaire d'un failli qui a obtenu, avant la loi du 11 brumaire an 7, un jugement par lequel le syndic des créanciers unis a été condamné à lui payer sa créance, telle qu'elle était alors connue, et qui en a reçu le montant, mais qui, par des événemens postérieurs, s'est trouvé, au même titre, créancier d'une somme plus forte, si ce créancier, disons-nous, a perdu le rang de son hypothèque pour l'excédant, faute de l'avoir fait inscrire avant le 4 messidor an 7; ou s'il peut couvrir ce défaut d'Inscription par l'exception de chose jugée;

Si le créancier hypothécaire en première ligne, qui, avant la loi du 11 brumaire an 7, avait renoncé à son hypothèque en faveur du créancier qui le suivait immédiatement, peut, en faisant inscrire son hypothèque, opposer à celui-ci la non-inscription de la sienne dans le délai fixé par l'art. 37 de cette loi;

Si l'on peut prendre Inscription en vertu d'une condamnation prononcée ou d'une contrainte décernée par une autorité administrative;

Si l'on doit tenir pour valable une Inscription hypothécaire prise *sur les héritiers de telle personne*, sans désignation des prénoms, profession et domicile du débiteur décédé, et sans aucune indication qui puisse aider à

distinguer quel est, parmi plusieurs personnes du même nom, qui sont mortes, l'individu sur les héritiers duquel le créancier a entendu s'inscrire.

Enfin, si la disposition de l'art. 444 du Code de commerce qui annulle les Inscriptions prises sur les biens d'un failli dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de sa faillite, est applicable aux Inscriptions prises sur les biens d'un débiteur non-commerçant dans les dix jours antérieurs à la manifestation de son état de déconfiture.

* §. I. (1). *Qu'est-ce que l'Inscription hypothécaire?*

Cette première question n'est ici posée que pour servir d'introduction à la matière; et la réponse sera simple, concise, comme la question elle-même.

L'inscription hypothécaire est la déclaration que fait un créancier sur un registre public, de l'hypothèque qu'il a sur les biens de son débiteur.

Il serait inutile de paraphraser ici cette définition. Elle recevra, dans les questions subséquentes, tous les développemens dont elle nous a paru susceptible.

§. II. *L'Inscription est-elle nécessaire pour donner à l'hypothèque son complément et son efficacité?*

Nous avons vu avec quelques détails, sous l'article *Hypothèque*, quels sont les actes qui donnent naissance aux diverses hypothèques et quelles sont les formes dont ces actes doivent être revêtus. Nous nous demandons maintenant si l'hypothèque prend toute sa consistance par ces seuls actes et par les formes qui leur sont propres; ou, au contraire, si l'Inscription fait une partie intégrante du droit hypothécaire, et si cette formalité est nécessaire pour le complément de l'hypothèque.

On pourrait, au premier coup d'œil, regarder cette question comme oiseuse. Le créancier, pourrait-on dire, qui voudra user de son hypothèque, la fera préalablement inscrire sur les registres, toujours ouverts pour en recevoir l'Inscription; et, ainsi, on ne verra jamais en action que des hypothèques inscrites.

Mais pour indiquer le but de cette question, et les conséquences sérieuses qu'elle peut entraîner, il nous suffira d'observer qu'indépendamment des omissions de forme qui peuvent annuler et anéantir une Inscription, il y a des cas où les Inscriptions, quoique régulières dans leur forme, ne produisent aucun effet; tels sont ceux qui sont marqués par l'art. 2146 du Code civil, où l'Inscription a été prise par un créancier hypothécaire contre un débiteur, dans les dix jours qui ont précédé sa faillite, ou par le créancier d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, depuis l'ouverture de cette succession.

Dans ces divers cas, il faudra savoir si ces hypothèques qui seraient évidemment sans force contre des créanciers hypothécaires régulièrement inscrits, ne conserveraient pas néanmoins une préférence sur les créanciers chirographaires;

En telle sorte qu'il y eût quatre ordres de créanciers, savoir, les créanciers privilégiés, les créanciers hypothécaires inscrits, les créanciers hypothécaires non inscrits, et les créanciers chirographaires;

Et que la préférence dût appartenir successivement aux privilégiés sur tous les autres, aux hypothécaires inscrits sur les deux ordres suivans, et enfin, aux hypothécaires non inscrits sur les simples chirographaires:

Ce qui nous ramène à la question primitive de savoir si l'Inscription forme ou non le complément de l'hypothèque.

Nous pensons que cette formalité est nécessaire pour compléter le droit de l'hypothèque, et que, sans elle, l'hypothèque reste dans un état d'imperfection qui ne permet pas que le créancier ayant une hypothèque non inscrite, jouisse d'aucune préférence sur les créanciers chirographaires.

Toutes les discussions qui ont préparé le nouveau régime hypothécaire, ont principalement eu pour but de faire ressortir et de réprimer les abus des hypothèques occultes, de ces hypothèques qui, ne s'annonçant par aucun signe extérieur, devenaient l'écueil de la bonne foi de ceux qui contractaient avec un débiteur déjà obéré. On chercha le remède à ces graves inconvéniens dans les lois des pays où le nantissement était en usage: les tribunaux supérieurs de ces pays avaient déclaré solennellement « qu'ils regardaient la publicité des hypothèques comme le chef-d'œuvre de la sagesse, comme le sceau, l'appui » et la sûreté des propriétés, comme un droit » fondamental dont l'usage avait produit, » dans tous les temps, les plus heureux » effets, et avait établi autant de confiance » que de facilité dans les affaires que les particuliers traitent entre eux ».

On prit pour modèle cette législation, et

(1) Ce paragraphe et les sept suivans, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartiennent à M. Tarrible, maître des comptes, ci-devant membre du tribunat, section de législation.

l'on établit le système hypothécaire sur les deux bases de la spécialité et de la publicité.

Nous avons vu comment les hypothèques en général ont été ramenées d'une manière plus ou moins rigoureuse à la spécialité. Nous allons voir que la publicité s'établit à l'aide d'un registre public, dans lequel toutes les hypothèques doivent être inscrites.

Si l'on veut voir maintenant quelle est l'influence que cette Inscription peut avoir sur l'hypothèque, il ne sera pas inutile de connaître les lois sur le nantissement qui a servi de type au nouveau régime hypothécaire, et qui s'opérait par l'Inscription du droit d'hypothèque ou de propriété dans un registre public. Or, les coutumes d'Amiens, art. 137, de Vermandois, art. 119, et d'Artois, art. 72, voulaient que les contrats, quoique passés devant notaires, n'emportassent point hypothèque contre des tierces personnelles, et fussent, à leur égard, réputés *purs personnels et mobiliers*, s'ils n'étaient nantis et réalisés par les officiers des lieux d'où relevaient les biens affectés et obligés.

Il est raisonnable et même conséquent d'induire de cet exemple, que l'Inscription sur les registres des conservateurs, introduite à l'instar de celle qui, dans les pays de nantissemens, se faisait sur les registres des greffes, est également nécessaire pour constituer l'hypothèque.

L'orateur du gouvernement qui a répandu tant de lumières sur cette matière, professe partout cette doctrine. Ouvrons son discours (édition de Firmin Didot), nous y lirons, page 62, « que l'hypothèque conventionnelle » doit être nécessairement rendue publique » par l'Inscription »; page 72, que « l'hypothèque conventionnelle doit être suivie d'Inscription pour produire son effet. »

Même langage au sujet de l'hypothèque judiciaire, page 62 : « L'hypothèque judiciaire » doit aussi acquérir la publicité par l'Inscription ».

Il répète les mêmes expressions au sujet de l'hypothèque légale, du moins de celle qui frappe les biens des comptables en faveur du trésor public, des communes et des établissemens publics. « La loi (dit-il, page 65) leur » donne une hypothèque sur les biens de » leurs agens comptables : mais, pour avoir » droit de l'opposer à des tiers, il faut la » rendre publique par l'Inscription sur les » immeubles qui en sont grevés ».

La nécessité de l'Inscription pour donner un effet à l'hypothèque, ne peut être exprimée d'une manière plus positive. Mais pour suivons, et consultons les divers textes de la loi elle-même.

« Entre les créanciers (dit l'art. 2106 » du Code civil), les privilèges ne produisent d'effet, à l'égard des immeubles, » qu'autant qu'ils sont rendus publics par » Inscription sur les registres du conservateur » des hypothèques ». Cet article soumet indispensablement les privilèges à la formalité de l'Inscription : il les y soumet si bien qu'ils n'ont d'effet que par elle, et que, sans elle, ils doivent être considérés comme s'ils n'eussent pas existé. Pourquoi les hypothèques qu'il importe de connaître aussi bien que les privilèges, et qui ont une cause moins favorable, ne seraient-elles pas assujéties à la publicité avec la même rigueur?

Cependant, l'art. 2134 emploie, à l'égard des hypothèques, des expressions différentes. Il est ainsi conçu : « Entre les créanciers, » l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, » soit conventionnelle, n'a de rang que du » jour de l'Inscription prise par le créancier » sur les registres du conservateur, dans la » forme et de la manière prescrite par la loi. »

Mais en fixant le sens de ces expressions, on reconnaîtra sans peine qu'une hypothèque qui n'a pas de rang, ne produit aucun effet.

L'art. 2 de la loi du 11 brumaire an 7 était conçu dans les mêmes termes : « L'hypothè- » que ne prend rang, et les privilèges sur les » immeubles n'ont d'effet que par leur Ins- » cription dans des registres publics ».

L'ensemble des dispositions de cette loi n'a jamais laissé douter qu'elle n'eût entendu subordonner les effets de toute hypothèque à la publicité. Le Code civil, qui a répété sa disposition dans les mêmes termes, et qui, quant à ce, était évidemment dirigé par le même esprit, a dû y attacher la même signification.

Mais soumettons-les, ces termes, à une analyse plus exacte, et nous nous convaincrons de plus en plus de la justesse de notre opinion.

Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques (art. 2003 et 2094).

La loi embrasse dans une vue générale, tous les créanciers d'un même débiteur; et elle dit que le prix des biens de ce débiteur sera distribué entre tous les créanciers indistinctement, en proportion du montant de leurs créances. Elle n'admet d'exception qu'en faveur des créanciers qui doivent jouir

d'un droit de préférence à cause de leurs hypothèques ou de leurs priviléges. Le rang que l'art. 2134 donne aux seules hypothèques inscrites, est tout à la fois le signe et l'effet de cette préférence : en telle sorte, que toutes les fois qu'il y a une cause légitime de préférence en faveur de quelques-uns d'entre plusieurs créanciers, il s'établit entre eux un rang; il suit de là que toutes les fois que la loi dénie un rang à des créanciers, il n'existe pas pour eux de cause de préférence, et conséquemment que ces créanciers doivent rester confondus avec la masse commune des créanciers qui partagent entre eux le prix des biens de leur débiteur au prorata de leurs créances respectives. Si donc, pour obtenir un rang entre les créanciers, il ne suffit pas d'avoir stipulé une hypothèque sur un immeuble, ou d'avoir obtenu un jugement de condamnation contre un débiteur, ou d'être dans une position où la loi accorde directement l'hypothèque; s'il faut, de plus, avoir inscrit son titre dans un registre public, il faudra reconnaître que cette Inscription fait une partie intégrante de l'hypothèque, qu'elle en forme le complément, et qu'elle lui donne seule son efficacité.

Nous trouverons les mêmes preuves dans d'autres textes de la loi. Nous lisons dans l'art. 2135 du Code civil : « L'hypothèque » existe indépendamment de toute inscrip- » tion, 1°. au profit des mineurs....; 2°. au » profit des femmes, etc. » C'est là une exception formelle à la règle générale établie dans l'article précédent, qui déclare qu'entre créanciers l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'Inscription. L'exception explique la règle; et si l'exception consiste en ce qu'une hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, il faut nécessairement que la règle générale soit qu'*une hypothèque n'existe* en général *que par l'Inscription;* il faut nécessairement qu'il y ait identité entre ces dernières expressions et celles de l'art. 2134, qui dit qu'*entre créanciers*, l'hypothèque n'a de *rang* que du jour de l'Inscription.

Nous invoquerons encore la loi du 11 brumaire an 7. L'art. 3 est précisément conçu en ces termes : *l'hypothèque existe, mais à la charge de l'Inscription.* Les actes préliminaires qui préparent l'hypothèque, tels que les contrats ou jugemens sont différens de l'acte d'Inscription; ils ne sont pas consignés dans les mêmes dépôts; ils ne se font pas devant les mêmes officiers; ils ne peuvent, par leur nature, s'opérer que successivement et en divers temps. La réunion de toutes ces formalités est nécessaire pour constituer l'hypothèque, comme les parties doivent être réunies pour la formation du tout : toute la pensée du législateur est très-bien rendue par ces expressions : *l'hypothèque existe, mais à la charge de l'Inscription;* ce qui signifie que l'hypothèque commencée ou ébauchée par les actes préliminaires, doit être accomplie par l'Inscription, et que, faute d'Inscription, son existence précaire s'évanouit.

L'esprit du Code civil ne s'est nullement écarté en ce point de celui de la loi du 11 brumaire an 7. Il a voulu, comme celle-ci, que l'hypothèque n'eût de force, à l'égard des tiers, qu'autant qu'elle se trouverait inscrite.

Peut-être faisons-nous des efforts superflus pour établir une vérité qui pourra paraître manifeste à nos lecteurs; mais nous pensons que, dans une question qui se reproduit si fréquemment, et sur laquelle la loi ne contient pas une disposition littérale, nous ne saurions porter la démonstration à un très-haut degré d'évidence. C'est dans cette vue, que nous essaierons encore d'appuyer notre décision sur quelques nouveaux motifs.

« L'hypothèque est un droit réel sur les im- » meubles affectés à l'acquittement d'une obli- » gation....; elle les suit dans quelques mains » qu'ils passent ». Ce sont là les propres termes de l'art. 2114. Ce droit sur la chose, ce droit de la suivre en toutes mains, est de l'essence de l'hypothèque; car il faut bien qu'un créancier ait le droit de suite sur un immeuble aliéné et qu'il l'exerce, avant que de pouvoir entrer en concurrence avec d'autres créanciers qui réclament les droits hypothécaires sur le même immeuble.

L'art. 2166 n'accorde ce droit de suite qu'aux seuls créanciers inscrits. Un créancier hypothécaire non inscrit n'aurait donc pas le droit de suite d'après le texte cité : conséquemment, son hypothèque n'aurait pas ce caractère de réalité qui constitue son essence; nouvelle preuve qu'une hypothèque ne peut acquérir sa plénitude que par l'Inscription.

Cette question, il est vrai, avait subi quelque controverse. Certains jurisconsultes avaient cru que le créancier ayant une hypothèque non inscrite sur un immeuble vendu depuis par son débiteur, pouvait, après la vente, prendre Inscription, et, cela fait, exercer son droit de suite, tant que l'acquéreur n'avait pas transcrit son contrat. Les autres, au contraire, soutenaient que le droit de suite ne pouvait appartenir qu'au créancier hypothécaire inscrit antérieurement à la vente, et qu'une Inscription postérieure ne pouvait plus donner à ce droit une existence qu'il n'avait pas acquise pendant que la propriété résidait sur la tête du débiteur.

L'orateur du gouvernement, dans l'exposé des motifs sur le livre premier de la deuxième partie du Code de procédure civile, n'hésite pas à dire qu'il était difficile de ne pas reconnaître cette dernière opinion comme la plus conforme au Code civil. L'orateur du tribunat en porte le même jugement, après l'avoir étayé sur les raisons les plus fortes et les plus lumineuses. Voyez ces passages dans le Code de procédure civile, édition de Firmin Didot, tome 2, pages 281, 303 et 304 (1).

L'art. 834 du Code de procédure civile qui a été le texte des discours cités, a admis le créancier hypothécaire non inscrit à faire son Inscription dans les quinze jours qui suivent la transcription faite par l'acquéreur. Nous donnerons, plus bas, une plus ample explication de cet article : il nous suffit d'observer, relativement à la question que nous traitons ici, que, quoique cette nouvelle disposition se soit relâchée de la sévérité des principes, en faveur d'un créancier hypothécaire non inscrit à l'époque de la vente de l'immeuble hypothéqué, néanmoins elle l'a obligé à faire son Inscription dans un délai fixe. Ainsi, cette grâce elle même confirme la nécessité de remplir la formalité de l'Inscription pour donner à l'hypothèque son efficacité.

Le Code de commerce a fourni à notre opinion quelques adminicules qui nous ont paru mettre dans un plus grand jour l'esprit de la loi. L'art. 516 de ce Code déclare que le traité du concordat ne s'établira que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant, en outre, par leurs titres de créances vérifiés, les trois quarts de la totalité des sommes dues, selon l'état des créances vérifiées et enregistrées, conformément à la sect. 4 du chap. 7; le tout à peine de nullité. L'article suivant porte que les créanciers hypothécaires *inscrits* et ceux nantis d'un gage n'auront point de voix dans les délibérations relatives au concordat.

Le but de cette disposition n'est pas équivoque. Les créanciers d'un failli sont, pour la plupart, chirographaires. Ils concourent tous à la distribution du prix, en proportion du montant de leurs créances respectives. Il était juste qu'ils fussent tous admis à la délibération qui prépare le concordat. Il fallait néanmoins prévoir le cas où tous les créanciers ne se présenteraient pas, et empêcher que les créanciers présens ne sacrifiassent les intérêts des absens par une collusion ou une facilité également préjudiciables. La loi a prévenu cet inconvénient, en voulant que la délibération n'eût d'effet qu'autant qu'elle serait prise par un nombre de créanciers formant la majorité, et que les créances des présens égaleraient les trois quarts de la totalité des sommes dues.

Cette précaution aurait pu être vaine, si l'on avait admis à la délibération des créanciers hypothécaires inscrits et ceux nantis d'un gage ces créanciers, en effet, trouvant dans leurs hypothèques et dans leur gage la sûreté du recouvrement de leurs créances, pourraient voter impunément des remises considérables sur les créances chirographaires dont ils n'auraient pas à redouter le concours. C'est par ces motifs qu'ils ont été exclus, les uns et les autres, des délibérations relatives au concordat.

Mais l'article cité n'exclut que les créanciers nantis d'un gage et les créanciers hypothécaires *inscrits*. Les créanciers hypothécaires non inscrits à cette époque, ne peuvent plus prendre utilement une Inscription selon l'art. 2146 du Code civil; ils ne sont pas exclus de la délibération ; ils doivent donc y être admis : et de cela même il faut conclure que la loi compte pour rien leur hypothèque impuissante, qu'elle n'entend faire jouir cette hypothèque d'aucune préférence, et qu'elle confond les créanciers non inscrits avec les simples créanciers chirographaires.

La loi, disons-nous, confond les créanciers hypothécaires non inscrits avec les créanciers chirographaires : et en cela, elle est fidèle aux principes qui, dans l'issue des procédures, ramènent les uns et les autres à une situation parfaitement semblable. Les créanciers chirographaires qui se présentent pour participer à la distribution du prix des biens de leur débiteur, ont dû préalablement justifier leurs créances, soit par des condamnations obtenues contre le débiteur, soit par des jugemens d'aveux et reconnaissances de leurs titres privés. Ils acquièrent par-là une hypothèque judiciaire; et ce n'est que sous ce rapport que l'art. 500 du Code de commerce oblige les agens, et après eux, les syndics de la faillite de prendre Inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence; laquelle Inscription doit être reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils ont été nommés.

Cette Inscription extraordinaire n'a pas pour

(1) [[Nous reviendrons là-dessus ci-après, §. 4, n°. 8, et §. 5 *bis*, n°. 8.]]

lut de donner à la masse des créanciers un rang et une préférence dont elle ne saurait user contre des créanciers particuliers du débiteur, puisque la masse des créanciers les comprend tous, et que, d'ailleurs, l'art. 2146 du Code civil n'accorde aucun effet aux Inscriptions prises à cette époque. L'Inscription en faveur de la masse des créanciers, n'est qu'une formalité surabondante qui annonce que la masse des créances est constatée, et qu'elle est investie des droits que les jugemens confèrent sur les biens des débiteurs, mais qui n'empêche pas que le produit de la vente des biens ne doive être partagé par contribution entre les individus qui composent la masse des créanciers, vu qu'ils n'ont aucun droit de préférence les uns sur les autres.

Maintenant supposons, d'un côté, un créancier qui aura stipulé, long-temps avant la faillite, une hypothèque conventionnelle sur un immeuble du débiteur, sans avoir inscrit cette hypothèque en temps utile : supposons, d'un autre côté, un créancier chirographaire, dont le titre aura été avéré et reconnu depuis la faillite; et mettons ces deux créanciers en concours. Le premier n'aura aucun avantage sur le second. Le premier a une hypothèque conventionnelle non inscrite. Le second a une hypothèque judiciaire non inscrite. L'inscription, qui seule aurait pu assigner un rang à ces créanciers, n'existant, ni de la part de l'un, ni de la part de l'autre, il ne reste plus à leur appliquer que la contribution qui appelle tous les créanciers simultanément et leur distribue le produit en proportion du montant des créances.

[[Et par la même raison, ni l'un ni l'autre ne pourront, sous le prétexte qu'ils sont créanciers hypothécaires, empêcher que le concordat passé entre le débiteur failli et les créanciers chirographaires, ne soit déclaré commun avec eux. La cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 19 décembre 1809, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Succession vacante*, §. 1, n°. 4.]]

Nous croyons avoir bien établi que l'Inscription est une formalité nécessaire pour donner à l'hypothèque en général son efficacité; que les créanciers hypothécaires qui ont négligé de prendre Inscription, ou qui sont tombés dans l'un des cas où ils ne peuvent plus la prendre inutilement, ne forment pas, dans l'ordre des créanciers, une troisième classe préférable à celle des créanciers chirographaires; mais qu'ils doivent être confondus avec ces derniers, et ne participer aux distributions qu'au prorata de leurs créances.

Nous n'avons fait qu'indiquer le cas de la faillite et celui d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire. Nous examinerons dans le §. 4, s'il n'y en a pas d'autres où l'Inscription ne peut plus être prise utilement.

Après avoir établi, comme une règle générale, que l'Inscription est nécessaire pour donner à l'hypothèque son efficacité, nous allons, en suivant le fil de nos idées, poser l'exception qui a été introduite en faveur des hypothèques légales appartenant aux femmes et aux mineurs sur les biens de leurs maris ou de leurs tuteurs.

§. III. *Comment l'hypothèque légale des femmes et des mineurs est-elle exceptée de la règle établie dans le §. précédent?*

Questions et observations diverses sur ce genre d'hypothèque.

I. L'art. 2184 du Code civil déclare qu'entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'Inscription, sauf les exceptions portées en l'article suivant.

Ces exceptions sont celles que nous avons annoncées. Nous expliquerons comment l'existence de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs est indépendante de l'Inscription.

Nous ajouterons, sur l'effet de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, quelques développemens dont le texte de l'art. 2135 nous fournit l'occasion. Cet article est ainsi conçu :

« L'hypothèque existe, indépendamment de toute inscription,

» 1°. Au profit des mineurs et interdits sur les immeubles appartenans à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle;

2°. Au profit des femmes, pour raison de leur dot et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.

» La femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de succession à elle échue, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet.

» Elle n'a d'hypothèque que pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente.

» Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre ».

L'hypothèque légale des femmes et des mineurs, qui forme une des parties les plus importantes du droit civil, soit par la fréquence des cas où elle se reproduit, soit par la difficulté de la concilier avec les intérêts des tiers, a plusieurs avantages sur toutes les autres hypothèques : ils consistent,

1°. En ce que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs frappe sur la généralité des biens que le mari ou le tuteur possèdent au moment du contrat de mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et sur ceux qu'ils peuvent acquérir par la suite; tandis que l'hypothèque conventionnelle ne peut atteindre que les biens présens qui y sont expressément soumis par le débiteur;

2°. En ce que, pendant le mariage ou la tutelle, la prescription de l'hypothèque légale ne peut courir, ni en faveur du mari ou du tuteur, ni en faveur des tiers-acquéreurs des biens affectés à cette hypothèque, suivant les art. 2252 et 2256; au lieu que la prescription de toutes les autres hypothèques commence à courir, en faveur du débiteur, du jour de l'obligation; et en faveur du tiers-acquéreur, du jour de la transcription de son titre (art. 2180);

3°. En ce que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs ne peut être purgée que par le mode particulier tracé dans les art. 2193 et suivans; tandis qu'un autre mode général est prescrit par le chap. 8, pour la purgation des autres hypothèques.

4°. Enfin, en ce que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs existe, avec le droit de suite, indépendamment de toute Inscription, et a rang du jour du contrat de mariage ou de l'acceptation de la tutelle; au lieu que les autres hypothèques n'ont d'existence ou d'effet que par l'Inscription, et ne prennent rang que du jour de l'accomplissement de cette formalité, ainsi que nous l'avons établi à la fin du précédent paragraphe.

Cette dernière différence qui est, en quelque sorte, génératrice de toutes les autres, mérite, surtout, d'être bien analysée.

L'hypothèque légale des femmes et des mineurs, dit notre article, existe, indépendamment de toute Inscription, du jour de l'acceptation de la tutelle ou du jour du mariage.

Cela ne signifie pas que l'hypothèque légale soit absolument affranchie de toute Inscription.

L'art. 2107, qui a réellement voulu affranchir certaines créances de toute Inscription, s'est servi d'expressions bien différentes : *Sont exceptées de la formalité des Inscriptions, les créances énoncées en l'art.* 2101. Ces dernières créances sont celles qui dérivent des frais de justice, des frais funéraires, des frais de la dernière maladie, des salaires des gens de travail et des fournitures de subsistances : la loi leur accorde une hypothèque privilégiée qui prend toute sa consistance dans le titre lui-même, et qui n'a besoin d'aucune Inscription pour produire son effet.

Le législateur, en employant les expressions contenues dans l'art. 2135, n'a nullement voulu dire que l'Inscription ne fût pas applicable à l'hypothèque légale. Et comment aurait-il pu l'entendre ainsi? Il a imposé aux maris et aux tuteurs l'obligation expresse de prendre Inscription sur leurs propres biens (art. 2136) : il a enjoint au subrogé-tuteur de veiller, sous sa responsabilité, à l'exécution de cette mesure (art. 2137); il a prévu le cas où les maris, les tuteurs et les subrogés-tuteurs omettraient de remplir ce devoir; il a invité les magistrats exerçant le ministère public, les parens des familles de la femme ou du mineur, à prendre des Inscriptions (art. 2138 et 2139). Enfin, loin de regarder cette formalité comme surabondante, il en a prescrit la nécessité dans le cas où la vente des biens du mari ou du tuteur amène le réglement de tous les droits hypothécaires dont ces biens peuvent être affectés : il a voulu, dans ce cas, que l'acquéreur déposât copie du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens, et qu'il certifiât ce dépôt par acte signifié, tant à la femme ou au subrogé-tuteur, qu'au procureur du roi près le tribunal; qu'extrait de cet acte fût et restât affiché pendant deux mois dans l'auditoire; que pendant ce temps, les femmes, les mineurs, et, à leur défaut, toutes les personnes désignées plus haut, fissent l'Inscription de l'hypothèque légale au bureau du conservateur; il a voulu enfin que, faute d'Inscription du chef des femmes et des mineurs, dans le cours de deux mois de l'exposition du contrat, les immeubles vendus passassent à l'acquéreur sans aucune charge, ou, selon les termes employés dans l'intitulé du chap. 8, que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs demeurât *purgée*, sauf le recours contre le mari et le tuteur. Cette sollicitude, ces injonctions, cette extinction du droit hypothécaire, prouvent, jusqu'à l'évidence, que l'Inscription n'est pas étrangère à l'hypothèque légale, qu'au contraire, cette hypothèque est soumise à cette formalité, et ne peut, sans elle, produire son effet.

Que signifie donc, encore un coup, cette

disposition de notre article, *l'hypothèque existe indépendamment de toute Inscription?* Elle signifie que le rang de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs se règle, non par la date de l'Inscription, mais par celle du mariage ou de l'acceptation de la tutelle: elle signifie encore que le droit de suite qui forme un des attributs les plus importans de l'hypothèque, existe et a de l'efficacité, même avant toute Inscription.

Pour justifier l'efficacité du droit de suite, même avant l'Inscription, nous rappellerons que ce droit consiste, non-seulement dans celui de suivre l'immeuble hypothéqué en toutes mains, mais encore dans l'assurance que l'hypothèque existante sur l'immeuble aliéné, ne pourra être purgée, sans que le créancier hypothécaire soit appelé pour le mettre à portée de veiller à ce que le prix de l'immeuble soit porté à sa vraie valeur. Lorsqu'il s'agit d'une hypothèque quelconque autre que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, l'appel personnel ne devient une obligation qu'à l'égard des créanciers inscrits: c'est le vœu de l'art. 2183, que nous avons déjà cité; mais s'il s'agit de l'hypothèque légale des femmes ou des mineurs sur les biens du mari ou du tuteur, cette hypothèque, lors même qu'il n'existe aucune Inscription, ne peut être purgée, que la notification prescrite par l'art. 2194, mentionné plus haut, n'ait été faite personnellement à la femme ou au subrogé-tuteur, représentant le mineur. Voilà un premier rapport sous lequel on peut dire que l'hypothèque légale existe ou qu'elle a une efficacité indépendamment de toute Inscription.

En second lieu, le rang de l'hypothèque légale des femmes ou des mineurs est fixé par notre article à la date du mariage ou de l'acceptation de la tutelle. Il l'est d'une manière tout aussi explicite par l'art. 2194, qui porte que les Inscriptions des hypothèques légales qui seront faites en exécution de ses dispositions, auront le même effet que si elles avaient été prises le jour du contrat de mariage, ou le jour de l'entrée en gestion de la tutelle.

Il y a cette différence très-remarquable et que nous avons déjà notée, entre l'influence que l'Inscription exerce sur l'hypothèque ordinaire et celle qu'elle exerce sur l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, qu'au premier cas, l'Inscription forme le complément de l'hypothèque, et fixe, par sa date, le rang qu'elle doit tenir; au lieu qu'au second cas, l'Inscription, quoique nécessaire pour manifester la réalité de l'hypothèque, ne détermine, d'aucune manière, le rang qu'elle doit occuper: et c'est sous ce second point de vue que l'on peut dire encore que l'hypothèque est indépendante de toute Inscription, ou bien, en d'autres termes, que le rang qui lui est assigné, que l'ordre de préférence qui lui est marqué, est puisé tout entier dans le mariage ou l'acceptation de la tutelle, sans égard à la date de l'Inscription.

La loi présume que le mari sera débiteur de sa femme, que le tuteur sera débiteur du mineur: elle accorde d'avance à la femme et au mineur une hypothèque fixée au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle. Cependant lorsque le moment est venu où le prix des biens du mari ou du tuteur va être distribué aux créanciers hypothécaires, il faut bien que les femmes et les mineurs établissent que leur créance présomptive a de la réalité, ou qu'elle peut en acquérir. La même loi veut que les femmes et les mineurs, ou les personnes désignées par elle, manifestent leurs droits actuels ou expectatifs, sous les formes communes de l'Inscription; et que, dès l'instant que cette formalité est accomplie, sa date disparaisse, pour laisser à l'hypothèque légale la place ou le rang qui lui a été assigné originairement à la date du mariage ou de l'acceptation de la tutelle; elle veut qu'à défaut d'Inscription, ils soient censés reconnaître qu'ils n'ont et qu'ils n'auront pas de créance à répéter, ou bien qu'ils renoncent tacitement aux avantages de l'hypothèque légale.

Ainsi, en comparant de nouveau l'hypothèque légale aux hypothèques ordinaires qui prennent leur rang et leur consistance dans l'Inscription elle-même, la vérité de ce principe qui veut que l'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, nous sera démontrée de mieux en mieux.

II. Mais nous nous demanderons ici si l'hypothèque légale des femmes sur les biens du mari, et celle du mineur sur les biens de leur tuteur, subsistent avec tous leurs avantages, après la dissolution du mariage, ou après la cessation de la tutelle.

Pour résoudre cette question avec méthode, il faut 1°. retracer l'analyse des avantages attachés aux hypothèques légales pendant le mariage et la tutelle; 2°. examiner si chacun de ces avantages doit se conserver dans son intégrité, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, sur la tête de la veuve, du ci-devant mineur ou de leurs héritiers.

Les avantages de l'hypothèque légale des

femmes et des mineurs pendant le mariage et la tutelle, considérés dans leur rapport avec les hypothèques conventionnelles, consistent, comme on l'a déjà dit,

1°. En ce qu'elle frappe sur la généralité des biens que le mari et le tuteur possèdent à l'époque du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et sur ceux qu'ils pourraient acquérir dans la suite;

2°. En ce que, pendant le mariage ou la tutelle, la prescription de l'hypothèque légale ne peut courir, ni en faveur du mari ou du tuteur, ni en faveur des tiers-acquéreurs des biens affectés à cette hypothèque;

3°. En ce que l'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, et a rang du jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle;

4°. En ce que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs ne peut être purgée que par le mode particulier, tracé dans les art. 3193 et suivans.

Le premier de ces avantages, qui consiste en ce que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs embrasse la généralité des biens présens et à venir du mari et du tuteur, doit subsister après la dissolution du mariage et la cessation de la tutelle. L'hypothèque est un gage ou bien un moyen secondaire de recouvrer avec plus d'efficacité et de certitude ce qui nous est dû par quelqu'un. Le moment du recouvrement est celui où ce moyen est mis en usage, et doit produire son effet : il doit donc exister dans ce même moment, sans quoi il ne serait qu'une illusion. Les femmes et les mineurs, dans les cas ordinaires et les plus fréquens, ne peuvent recouvrer ce qui leur est dû par le mari et le tuteur, qu'après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. La loi, à cause de l'extensibilité indéfinie de la dette, leur a accordé une hypothèque sur les biens possédés par le mari et le tuteur au moment du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et sur ceux acquis postérieurement : cette hypothèque, dans toute son étendue, doit donc nécessairement survivre à la dissolution du mariage, ou à la cessation de la tutelle, et passer, selon les divers cas, soit à la veuve ou au mineur devenu majeur, soit à leurs héritiers.

La suspension du cours de la prescription, qui est le second avantage, ne peut se proroger de même au delà de la dissolution du mariage, ou de la majorité du mineur, puisque ces termes sont ceux littéralement assignés à la suspension. Ainsi, le cours de la prescription doit commencer précisément à l'époque de la dissolution du mariage ou de la majorité du mineur, si aucune cause étrangère ne s'y oppose.

Le troisième avantage est celui qui présente les plus grandes difficultés, et qui fait naître la question de savoir si l'hypothèque légale continue de conserver son rang et son assiette, indépendamment de toute Inscription, après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, de la même manière qu'elle les conservait pendant le mariage ou la tutelle; ou si, au contraire, il n'y a pas un terme déterminé, passé lequel, faute d'Inscription, l'hypothèque légale ayant perdu son principal attribut, n'a plus de rang que celui que lui attribuera l'Inscription tardive.

Les deux opinions peuvent s'appuyer sur de fortes raisons : nous exposerons d'abord celles qui tendent à établir qu'après la dissolution du mariage et la cessation de la tutelle, l'hypothèque légale change de nature et devient sujette à l'Inscription dans un délai déterminé; et nous ferons connaître ensuite la raison de l'opinion contraire, à laquelle nous déclarons d'avance que nous donnons notre assentiment.

« Lorsqu'il s'agit d'hypothèque légale des femmes et des mineurs (diront les sectateurs de la modification), il faut distinguer le droit en lui-même de la conservation du droit.

» Le fond du droit consiste dans une hypothèque sur les biens présens et à venir du mari ou du tuteur, ayant rang du jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

» La conservation de ce droit peut devenir nécessaire et exiger les formalités indépendantes de celles de l'établissement du droit, c'est-à-dire, la formalité de l'Inscription.

» L'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, a dit l'art. 2135.

» Cela ne signifie pas que l'hypothèque légale soit absolument affranchie de toute Inscription.

» L'art. 2107, qui a réellement voulu affranchir certaines créances de toute Inscription, s'est servi de cette expression bien différente : *sont exceptées de la formalité de l'Inscription*, etc.

» Par cette disposition, *l'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription*, le législateur a voulu dire que le rang de l'hypothèque légale se règle, non par la date de l'Inscription, mais par celle du contrat : il n'a nullement entendu que l'Inscription ne lui fût pas applicable.

» Par l'art. 2194, l'Inscription, de la part de la femme elle-même, devient nécessaire pendant le mariage, sous peine de l'extinction de l'hypothèque: à plus forte raison l'hypothèque légale peut-elle être assujétie à l'Inscription après la dissolution du mariage, ou après la majorité du mineur.

» L'art. 32 de l'édit du mois de juin 1771 jette sur cette question une grande lumière: il s'exprime ainsi : *n'entendons point comprendre dans le présent édit des hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris pendant la vie desdits maris.*

» Qu'on parcoure tous les articles du Code civil relatifs à la matière, on y verra que le législateur parle constamment de la personne du mari, de la personne de la femme, de la personne du tuteur, de la personne du mineur, etc.; ce qui suppose que toutes les dispositions de la loi ont trait au temps où les deux personnes co-existent avec deux qualités relatives, c'est-à-dire, où la femme et le mari sont actuellement dans les liens du mariage, où le mineur est actuellement sous l'administration de son tuteur.

» Il suit de là que, comme l'édit de 1771 affranchissait les femmes, pendant le mariage, des actes d'opposition qui sont des actes conservatoires, le Code civil a voulu affranchir les femmes et les mineurs de l'Inscription qui n'est aussi qu'un acte conservatoire, mais seulement pendant le mariage ou la minorité.

» Pour ne laisser rien à désirer (poursuivra-t-on), cherchons à pénétrer dans l'esprit de l'une et de l'autre loi.

» L'édit de 1771 n'envisageait que l'intérêt des tiers-acquéreurs. L'opposition ne devenait nécessaire qu'au moment de l'aliénation; et alors elle fixait le rang des opposans selon leurs titres respectifs, sans égard à l'ordre dans lequel les oppositions avaient été faites.

» Le Code civil a voulu pourvoir à la sûreté des tiers en général qui voudraient se rendre, soit acquéreurs, soit créanciers hypothécaires, d'un bien déjà hypothéqué. Il a donné aux acquéreurs des moyens de purger les hypothèques; il a donné aux créanciers des moyens de s'assurer si le gage qu'on leur offre, est suffisant; ce moyen consiste dans la publicité des Inscriptions.

» Voyons maintenant si les hypothèques légales des femmes et des mineurs sont absolument affranchies de cette formalité.

» Nous avons reconnu qu'elles ne le sont pas vis-à-vis des tiers-acquéreurs. Le Code civil s'est même montré plus sévère à cet égard que l'édit de 1771. Un tiers-acquéreur ne pouvait, d'après cette dernière loi, purger efficacement pendant la vie du mari; au lieu que, par le Code civil, le tiers-acquéreur peut contraindre la femme, même pendant le mariage, à inscrire son hypothèque sous peine d'extinction.

» Cet acte de rigueur, pour ce qui concerne le tiers-acquéreur, annonce d'avance que le Code civil n'a pas entendu s'abandonner à une indulgence excessive pour les femmes, en ce qui concerne les intérêts du tiers créancier.

» Effectivement, le Code civil, loin d'avoir affranchi indéfiniment l'hypothèque légale de la formalité de l'Inscription, a imposé, au contraire, au mari, au tuteur, au subrogé-tuteur, l'obligation expresse d'inscrire pendant le mariage ou la minorité.

» Il est vrai que l'omission de cette formalité ne nuit pas à la femme ou au mineur.

» Le législateur a considéré sans doute que, l'Inscription devant être prise, non sur les tiers, mais sur les maris et les tuteurs eux-mêmes, on ne pouvait compter sur leur exactitude à remplir ce devoir, qu'on pourrait appeler contre nature, en ce qu'il leur prescrit de faire un acte hostile contre eux-mêmes.

» Mais quoique l'omission de leur part ne nuise pas à la femme ou au mineur, l'injonction n'en est pas moins expresse, et n'indique pas moins la volonté du législateur, que l'Inscription soit faite pendant le mariage ou pendant la tutelle.

» Car, n'équivoquons pas : après la cessation du mariage ou de la tutelle, il n'y a plus de mari, plus de tuteur, plus de subrogé-tuteur. On ne retrouve plus conséquemment ces personnes qui étaient nominativement obligées d'inscrire : et si l'on ne peut concevoir qu'une obligation imposée avec tant de sévérité pendant le mariage et pendant la minorité, cesse d'exister après la dissolution du mariage ou après la minorité, il faudra bien convenir que cette même obligation doit se transmettre à la femme et au jadis mineur devenus maîtres de leurs droits.

» C'est dans ce sens que M. Treilhard, dans son discours (édition de Firmin Didot), tit. 7, page 74, a dit qu'*il fallait rejeter les suites de l'omission sur les maris et les tuteurs.., pendant que les femmes et les pupilles sont bien évidemment exempts de tout reproche ;* ce qui se rapporte nécessairement

au temps du mariage et de la minorité.

» En un mot, l'Inscription est un acte conservatoire : la loi a pu dispenser la femme et le pupille de conserver, tandis qu'ils en sont empêchés; mais lorsque les obstacles sont levés, il n'y a plus de raison pour que la loi les dispense.

» De tous ces raisonnemens, nous conclurons que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, quoique affranchie de l'Inscription pendant le mariage et la minorité, devient sujette à cette formalité conservatoire, lorsque la femme est devenue veuve, et que le mineur a atteint sa majorité.

» Mais il nous reste à résoudre une difficulté qui n'est pas la moindre. Elle consiste à savoir dans quel temps ou dans quel délai devra avoir lieu cet acte conservatoire de la part de la femme veuve, du mineur devenu majeur, ou de leurs héritiers.

» Pour la résoudre, l'on distinguera l'Inscription dans ses rapports avec les créanciers d'un côté, et avec les tiers-acquéreurs de l'autre.

» Sous le rapport des créanciers, il faut reconnaître d'abord que le droit résultant de l'hypothèque légale, existe tout entier sur la tête de la femme, indépendamment de toute Inscription, dans le moment qui suit la dissolution du mariage. Les raisons employées plus haut pour établir que l'hypothèque légale, quoique non inscrite pendant le mariage, continue d'embrasser, après sa dissolution, la totalité des biens présens et à venir du mari, militent avec la même force pour prouver que cette hypothèque conserve, dans le même cas, le rang que la loi lui a assigné au jour du mariage. Car le droit serait visiblement illusoire, s'il était modifié ou anéanti au moment où la femme acquiert la liberté nécessaire pour en user.

» On peut donc tenir pour certain que l'hypothèque légale de la femme, quoique non inscrite pendant le mariage, conserve, au moment de sa dissolution, tous les attributs qui lui sont accordés; qu'en conséquence, cette hypothèque existe indépendamment de toute inscription; qu'elle embrasse la totalité des biens possédés par le mari à l'époque du mariage, ou acquis postérieurement; qu'enfin son rang se tient encore placé à l'époque du mariage.

» Il faudra induire de là, pour se accorder avec le système de la loi, qu'il existe dans ce même moment une Inscription tacite qui a la même force qu'une Inscription littérale.

» Cette Inscription tacite doit aussi avoir la même durée que la vraie. *Les Inscriptions*, dit l'art. 2154, *conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date : leur effet cesse, si ces Inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai.* Cette disposition est générale, et s'applique tant aux hypothèques ordinaires qu'aux légales qui sont nominativement désignées dans l'article précédent. L'Inscription tacite de l'hypothèque légale ne peut donc durer que dix ans.

» L'Inscription a pour objet principal la publicité; mais, entre créanciers, elle produit deux effets distincts qu'il ne faut pas confondre.

» L'Inscription primitive fixe le rang de l'hypothèque ordinaire.

» L'Inscription renouvelée dans les dix ans, conserve le rang déjà déterminé par l'Inscription primitive.

» L'Inscription primitive n'est pas nécessaire à la femme, à l'instant qui suit la mort du mari pour fixer son rang, puisque ce rang est fixé par la loi à la date du mariage.

» Mais rien ne dispense la femme devenue libre de conserver ce même rang, et à cet effet, d'inscrire dans les dix ans, comme tous les autres créanciers.

» Cependant, que deviendra l'hypothèque de la femme devenue veuve, si elle laisse écouler plus de dix ans sans inscrire?

» L'Inscription répétée, ou le renouvellement de l'Inscription dans les dix ans, n'a d'autre but que celui de conserver le rang fixé par l'Inscription primitive, soit littérale, soit tacite.

» L'omission du renouvellement n'empêchera pas que l'hypothèque ne continue d'exister sur les biens affectés, telle qu'elle était dans l'origine. La femme conservera donc son hypothèque sur les biens présens et à venir du mari; mais, faute d'avoir conservé, au moyen du renouvellement de l'Inscription dans le délai, son rang fixé à la date du mariage, ce rang descendra à la date de l'Inscription tardive, à l'instar des priviléges qui ne sont pas moins favorables, et qui, cependant, d'après l'art. 2113, sont exposés à cette chute, faute d'Inscription faite dans le temps prescrit.

» Ainsi, l'hypothèque de la femme, devenue libre par la dissolution du mariage, devra être littéralement inscrite dans le délai de dix années, à compter du jour de la dissolution. Et en défaut, elle se trouvera primée par toutes les hypothèques ordinaires inscrites antérieurement à l'Inscription tardive qu'elle aurait prise après l'expiration du délai de dix ans.

» Ce qui a été dit de la femme s'applique également aux mineurs et à leurs héritiers.

» Il reste à examiner la question relativement aux tiers-acquéreurs, ce qui nous mène au mode de purgation à pratiquer par celui qui a acquis des héritiers du mari.

» A l'égard des tiers-acquéreurs, la femme est obligée à une Inscription littérale, dès l'instant où l'acquéreur veut purger. Elle y est obligée pendant le mariage, sous peine d'extinction de son hypothèque; à plus forte raison doit-elle l'être après la dissolution du mariage. Il ne peut y avoir de différence que dans le mode des procédures à suivre par l'acquéreur, pour obliger la femme à faire son Inscription.

» Lorsque l'acquéreur a acquis du mari ou du tuteur pendant le mariage ou la minorité, il doit, pour parvenir à la purgation des hypothèques légales, se conformer aux dispositions du chap. 9 du titre *des priviléges et hypothèques*.

» Mais s'il a acquis des héritiers du mari décédé ou du jadis tuteur après la majorité du mineur, il n'a d'autres procédures à suivre que celles qui sont prescrites par le chap. 8 du même titre, pour purger les propriétés des priviléges et hypothèques en général.

» Les mêmes raisons qui ont fait décider que la femme et le mineur n'étaient pas dispensés, après la dissolution du mariage et la majorité, de faire des Inscriptions littérales dans le délai indiqué, doivent faire décider aussi que le mode particulier établi pour purger les hypothèques légales pendant le mariage et la majorité, est superflu lorsque la dissolution du mariage ou la majorité ont rendu à la femme ou au mineur le libre exercice de leurs droits.

» La contexture entière du chap. 9 dont nous venons de parler, nous confirme dans cette opinion.

» *Pourront*, dit l'art. 2193, *les acquéreurs d'immeubles appartenant à des maris ou à des tuteurs..., purger les hypothèques qui existeraient sur les biens par eux acquis*, etc. En parlant d'acquéreurs d'immeubles appartenans à des maris ou à des tuteurs, la loi désigne clairement des ventes faites par des personnes qui ont, actuellement et au moment de la vente, la qualité de mari ou de tuteur; et l'on ne peut comprendre sous cette désignation, la vente qui, après la dissolution du mariage, serait faite par les héritiers du mari devenu veuf, non plus que celle faite par le ci-devant tuteur d'un mineur devenu majeur : car ces personnes ne sont plus, ni des maris, ni des tuteurs actuels, tels que la loi les désigne.

» *A cet effet*, poursuit l'art. 2194..... *ils notifieront par acte signifié tant à la femme ou au subrogé-tuteur, qu'au procureur du roi près le tribunal, le dépôt qu'ils auront fait*, etc. Le législateur pouvait-il restreindre plus formellement cette disposition au cas où la vente est faite par celui qui a, dans ce même moment, la qualité de tuteur, qu'en désignant le *subrogé-tuteur* comme la seule personne à laquelle la signification doit être faite? En effet, s'il eût voulu perpétuer le même mode, même après la majorité du mineur, n'aurait-il pas désigné le ci-devant mineur, comme la personne à laquelle la signification directe pouvait être adressée avec le plus de fruit et d'utilité? Et de ce qu'il n'a désigné que le *subrogé-tuteur*, ne doit-on pas conclure qu'il a envisagé le cas où le mineur, étant encore dans sa minorité, avait réellement un subrogé-tuteur; et où la signification, à cause de l'incapacité du mineur et du refus obstiné du tuteur, ne pouvait être faite utilement qu'à ce subrogé-tuteur?

» Ces mêmes inductions peuvent être tirées des expressions suivantes de l'art. 2194: *pendant lequel temps les femmes, les maris, tuteurs, subrogés-tuteurs, mineurs, interdits, parens ou amis, et le procureur du roi seront reçus à requérir, s'il y a lieu..... des Inscriptions sur l'immeuble aliéné*. Les *femmes*, dans cette phrase, sont nommées en même temps que les *maris* : la loi suppose donc leur co-existence.

» Elle suppose donc que la vente et les démarches de l'acquéreur ont eu lieu pendant le mariage.

» Elle appelle nominativement les *tuteurs*, les *subrogés tuteurs*, les *mineurs* : c'est bien dire explicitement que la vente a été faite par un tuteur pendant la minorité de son pupille; et conséquemment c'est exclure le cas où la vente a été faite après la dissolution du mariage, ou après la cessation de la tutelle.

» On conçoit fort bien que, pendant que la femme est sous la dépendance maritale et que le mineur est hors d'état de diriger ses affaires, la loi veuille appeler à leur secours les subrogés-tuteurs, les parens, les amis et le ministère public. Mais lorsque la femme devenue veuve, le mineur devenu majeur, ont acquis le plein exercice de leurs droits, cette sollicitude de la loi en leur faveur serait déplacée et contraire aux principes, qui veulent que toute personne qui a la libre administration de ses biens, veille elle-même à la conservation de ses droits.

» Soit donc que l'on consulte le sens littéral de la loi, soit que l'on consulte le but de ses dispositions, soit que l'on consulte enfin les règles générales avec lesquelles on a dû la co-ordonner, on reconnaîtra qu'après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, la femme ou le mineur ne peuvent conserver leur hypothèque légale dans son intégrité, qu'autant qu'ils inscriront leur créance et qu'ils prendront cette Inscription, au moins dans le délai de dix ans à compter de chacune de ces époques, si les immeubles ont continué de rester dans la main du mari et du tuteur, ou de leurs héritiers; ou dans le délai et les formes prescrites pour tous les créanciers hypothécaires indistinctement, si l'immeuble sujet à l'hypothèque légale, est aliéné postérieurement aux mêmes époques ».

C'est ainsi que les sectateurs de la première opinion peuvent chercher à l'établir. Quoique les raisonnemens que nous avons placés dans leur bouche, soient très-spécieux, nous n'en tenons pas moins l'opinion contraire comme la seule vraie; et nous allons tâcher de prouver qu'après comme avant la dissolution du mariage ou de la tutelle, il n'y a aucun délai fixe pendant lequel l'hypothèque légale des femmes et des mineurs doive être inscrite; et que, dans l'un comme dans l'autre cas, les formes prescrites par le chap. 9 de ce titre pour purger les hypothèques légales, doivent être observées et peuvent seules mener à ce résultat.

L'hypothèque légale, semblable à l'obligation principale dont elle forme un accessoire, est un droit perpétuel et transmissible aux héritiers. La loi l'a établie, et lui a conféré tous les attributs qui la composent : elle ne peut subir, durant son existence, d'autre modification que celle que la loi aurait déterminée; et elle ne peut cesser d'exister que par les causes déterminées par la loi.

Ainsi, l'art. 1495 qui accorde à la femme le droit d'exercer toutes ses actions et reprises, l'accorde de même à ses héritiers; mais il excepte ce qui concerne le prélèvement des linges et hardes, ainsi que le logement et la nourriture pendant le délai donné pour faire inventaire et délibérer; et il déclare que ces droits sont purement personnels à la femme survivante.

Si le législateur avait eu l'intention de n'accorder qu'à la femme seule pendant le mariage, ou au mineur seul et pendant la tutelle, les avantages qu'il a attachés à l'hypothèque légale, il s'en serait expliqué comme il l'a fait à l'égard des reprises à exercer dans le cas de la renonciation à la communauté; et de son silence on doit conclure que le changement d'état de la femme ou du mineur n'en apporte aucun aux droits résultant de l'hypothèque légale; et que ces droits se conservent dans leur intégrité, tels qu'ils ont été établis, jusqu'à l'extinction de l'hypothèque, opérée par l'une des causes indiquées dans l'art. 2180.

On a dit que le titre *des Hypothèques* dans toute sa contexture, ne désigne jamais que la personne de la femme et du mineur; on a ajouté que, tandis que la femme et le mineur sont dans l'impuissance d'agir, la loi avait dû leur accorder des secours protecteurs; mais que, dès l'instant où ils avaient acquis ou recouvré le plein exercice de leurs droits, ils devaient eux-mêmes veiller à leur conservation : et on a conclu de là que le droit ne doit avoir lieu qu'en faveur de la personne de la femme ou du mineur, et pendant le mariage ou la minorité seulement.

Cet argument prouverait trop, et par cela même, il ne prouve rien. Il en résulterait en effet que l'hypothèque légale devrait s'évanouir au moment de la dissolution du mariage, ou de la cessation de la tutelle.

Cependant, il est constant et reconnu, même dans le système opposé, que le droit résultant de l'hypothèque légale, doit survivre tout entier à la dissolution du mariage ou à la majorité du mineur; sans quoi il serait purement illusoire, puisqu'il ne se trouverait accordé que durant le temps où la femme et le mineur ne pourraient en user, et qu'il cesserait d'exister au moment où il pourrait être mis en action.

Or, si le droit intégral de l'hypothèque légale a existé un seul instant sur la tête de la femme devenue veuve, ou du mineur devenu majeur, il ne peut être anéanti ou modifié que par une disposition expresse de la loi; et cette disposition, on ne la trouvera nulle part.

Ce raisonnement que nous avons appliqué aux femmes ou aux mineurs sortis de la dépendance maritale ou tutélaire, s'applique également à leurs héritiers. Si la loi a veillé d'une manière particulière à la conservation des biens des femmes et des mineurs, c'est afin qu'ils pussent en jouir eux-mêmes, lorsqu'ils en auraient repris l'administration, et qu'ils pussent les transmettre à leurs héritiers. Si donc le mariage est dissous par la mort de la femme, ou si le mineur vient à mourir au moment de sa majorité, le droit intégral de l'hypothèque devra passer à leurs héritiers, tel que la femme et le mineur en auraient joui eux-mêmes, s'ils avaient survécu.

L'hypothèque légale, avons-nous dit, survit tout entière à la dissolution du mariage ou à la cessation de la tutelle. Elle doit donc subsister après ces époques, avec ses deux principaux attributs qui dérivent l'un de l'autre, et qui consistent en ce que l'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, et en ce qu'en cas d'aliénation, elle ne peut être purgée par les nouveaux acquéreurs, sans que la femme, le mineur, ou leurs représentans aient été nominativement avertis.

Si l'hypothèque légale existe indépendamment de toute Inscription, même après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il faut en conclure qu'elle subsiste avec le même attribut, tant que l'immeuble hypothéqué reste dans la main du mari, du tuteur ou de leurs héritiers.

Vainement a-t-on supposé une Inscription tacite à laquelle on fait prendre naissance au moment de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, pour en tirer la conséquence que cette Inscription tacite doit, comme l'Inscription littérale, être renouvelée dans les dix ans, conformément aux dispositions de l'art. 2154.

Cette supposition est gratuite, et la conséquence n'est pas juste.

Cette supposition est démentie par l'art. 2194, lequel, en parlant de l'Inscription qui doit être faite pendant les deux mois de l'affiche du contrat de vente, dit que cette Inscription aura le même effet que si elle avait été prise le jour du contrat de mariage, ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur : ce qui prouve que la loi ne place aucune Inscription tacite à l'époque de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle. La vérité est que l'hypothèque légale existe sans le secours d'aucune Inscription, ni expresse, ni tacite; et la conséquence juste que l'on doit tirer de cette vérité, est que l'hypothèque légale qui n'a pas besoin, pour sa conservation, d'une Inscription primitive, ne peut avoir besoin d'une Inscription renouvelée.

On conçoit fort bien que, lorsque l'Inscription de l'hypothèque légale a été prise par ceux à qui les art. 2136 et 2137 en imposent le devoir sous des peines déterminées, cette Inscription doit être renouvelée par eux dans les dix ans sous les mêmes peines. Mais lors même qu'après avoir pris la première Inscription dans le temps indiqué, ils négligeraient de la renouveler dans les dix ans, cette omission ne porterait aucune atteinte au droit intégral de l'hypothèque légale acquise à la femme ou au mineur. Pareillement, si la femme et le mineur requéraient eux-mêmes l'Inscription au commencement du mariage ou de la tutelle, ainsi que l'art. 2139 les y autorise, l'omission du renouvellement dans les dix ans n'empêcherait pas qu'ils ne conservassent la plénitude de leurs droits. Si cette omission ne peut nuire à la femme ni au mineur pendant le mariage ou la tutelle, elle ne peut pas plus leur nuire après la cessation du mariage ou de la tutelle, puisqu'il est démontré que le droit se conserve après ces époques, tel qu'il était auparavant.

On tombe donc dans une double erreur, et en substituant une Inscription tacite à une Inscription littérale, que la loi n'exige nullement pour la conservation du droit, et en induisant de cette supposition la nécessité d'un renouvellement d'Inscription dans les dix ans.

L'argument pris de l'exemple de l'édit de 1771, n'est pas plus concluant. Il est vrai que l'art. 32 déclare que le législateur n'a pas entendu comprendre dans cet édit, les hypothèques des femmes sur les biens de leurs maris *pendant la vie desdits maris;* mais d'abord, cet exemple peut se rétorquer contre le système contraire; car s'il a fallu, pour fixer la borne de la durée du droit accordé, que la loi déclarât qu'il n'était accordé que pendant la vie du mari, il aurait fallu de même que la loi nouvelle eût exprimé que l'hypothèque légale, avec tous ses attributs, n'aurait lieu que pendant le mariage, ou plutôt, pendant tel temps déterminé après la dissolution du mariage : et de ce qu'elle ne l'a pas fait, on peut conclure avec raison qu'elle n'a pas entendu borner la durée des attributs de l'hypothèque légale à celle du mariage.

D'un autre côté, la différence énorme qui existe entre le système de l'édit de 1771 et celui du Code civil, ne laisse aucune analogie entre la nature et la durée des droits que chacune de ces deux lois accorde aux femmes.

L'édit de 1771, voulant procurer aux acquéreurs un moyen prompt et facile de purger les hypothèques, prescrivait l'affiche du contrat pendant le délai de deux mois, et obligeait tous les créanciers hypothécaires à former leur opposition au sceau des lettres de ratification pendant ce délai, s'ils ne l'avaient déjà faite dans les trois années antérieures, faute de quoi leurs hypothèques étaient purgées. La femme mariée était dispensée de faire cette opposition pendant le mariage, et son hypothèque, durant ce temps, n'était pas non plus susceptible d'être purgée faute d'opposition; mais la date des oppositions ne réglait nullement l'ordre des hypothèques, ni à l'é-

gard de la femme, ni à l'égard des autres créanciers. La date du titre de chacun d'eux fixait son rang dans la distribution.

L'Inscription établie par les nouvelles lois, a, sous certains rapports, le même but que l'opposition; mais elle a de plus cet effet important que sa date fixe le rang de l'hypothèque, sans égard à la date des actes qui lui ont donné naissance L'hypothèque légale des femmes et des mineurs n'est pas soumise à cette dernière disposition. Elle existe indépendamment de toute Inscription; et lorsque les femmes et les mineurs voulant faire usage de leur hypothèque, inscrivent leur titre, la date de cette Inscription n'a aucune influence sur le rang de leur hypothèque qui remonte au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

On voit, par la comparaison des deux lois, que les motifs qui ont déterminé les auteurs de l'édit de 1771 à dispenser la femme de former son opposition au sceau pendant le mariage, sont sans application à la disposition du Code civil qui rend les hypothèques des femmes et des mineurs indépendantes de l'Inscription.

Le Code civil n'a point voulu accorder à l'hypothèque des femmes et des mineurs le privilége de ne pouvoir être purgée en aucune manière pendant le mariage ou la minorité, puisqu'il a consacré un chapitre entier pour régler les moyens par lesquels le nouveau possesseur de l'immeuble hypothéqué pourrait parvenir à cette purgation : il a voulu uniquement conserver à la femme et au mineur l'avantage de faire remonter leur hypothèque au jour du mariage ou de la tutelle, quelle que fût la date de leur Inscription : et cet avantage, qui n'était dans le système de l'édit de 1771, qu'un droit commun à tous les créanciers indistinctement, devient, sous le Code civil, une exception à la règle générale qui veut que le rang des hypothèques soit fixé par la date des Inscriptions.

Ainsi, la comparaison bien analysée des deux lois prouvera plus pour notre opinion que pour celle qui a été énoncée plus haut. Le Code civil a replacé la femme, au moyen de l'exception faite à son égard, dans la situation où elle était sous l'empire de l'édit de 1771. Suivant cette dernière loi, l'hypothèque de la femme, après la dissolution du mariage, était susceptible d'être purgée faute d'opposition : mais l'opposition au sceau pendant les deux mois de l'affiche, le conservait dans toute son intégrité, et le rang immuable de cette hypothèque se reportait de lui-même au jour du contrat de mariage. L'indépendance de l'Inscription accordée à l'hypothèque de la femme par le Code civil, doit produire le même effet après la dissolution du mariage; et en quelque temps que la femme ait inscrit sa créance, pourvu que l'Inscription en ait été faite pendant les deux mois de l'affiche prescrits par l'art. 2194, l'hypothèque légale devra remonter au jour du mariage.

L'exemple de la disposition de l'édit de 1771 ne prouve donc pas que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs ne se conserve dans son intégrité que pendant le mariage ou la minorité; et il ne prouve pas mieux qu'après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, il y ait un délai fixe dans lequel ils devront faire leur Inscription, sous peine de perdre leur hypothèque ou quelqu'un de ses attributs.

Il est donc certain que, tant que l'immeuble hypothéqué restera dans les mains du débiteur de la dot ou du compte tutélaire, l'Inscription de la femme et du mineur ne sera jamais tardive, relativement aux créanciers hypothécaires; et que, quand bien même l'Inscription n'aurait été faite que vingt ans après, le rang de l'hypothèque légale n'en remonterait pas moins au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, sans qu'elle pût être primée par aucun des autres créanciers hypothécaires inscrits depuis ces époques.

III. Il nous reste, pour compléter notre démonstration, à envisager la question sous le rapport des tiers-acquéreurs qui, ayant acquis postérieurement à la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle, voudraient purger les hypothèques dont l'immeuble acquis se trouverait grevé.

Fidèle à notre système, nous pensons qu'il ne lui suffira pas d'employer les formes générales indiquées par le chap. 8, pour purger les hypothèques ordinaires; mais qu'il devra suivre celles prescrites par le chap. 9, pour parvenir spécialement à la purgation des hypothèques légales des femmes et des mineurs; et conséquemment qu'il devra déposer son contrat, notifier personnellement l'acte de dépôt à la femme, au ci-devant mineur, ou à leurs représentans, et afficher l'extrait du contrat pendant deux mois.

Les preuves à l'appui de l'opinion contraire, sont tirées de ce que, dans le chap. 9, comme dans le chap. 8, le législateur ne parle jamais que de la personne du mari et de la femme, d'où l'on induit que la loi suppose la co-existence de l'un et de l'autre. La plus forte surtout se retrouve dans cette disposition particulière qui veut que, lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale du mineur, la notification

soit faite au subrogé-tuteur : ce qui paraît justifier de plus en plus que le législateur n'a eu en vue que le cas où la purgation de l'hypothèque légale était poursuivie pendant le mariage ou la minorité.

Sans doute, on ne peut disconvenir que ce cas, qui est le plus fréquent, ne se soit offert à la pensée du législateur, et peut-être même qu'il n'y fût seul présent lorsqu'il a rédigé ces dispositions. Les expressions employées le font entrevoir ainsi. Et alors il était tout naturel que la disposition qui prescrit la notification à faire, ordonnât qu'elle serait faite à la femme elle-même, ou au subrogé-tuteur : à la femme, parcequ'elle est la personne vraiment intéressée ; au subrogé-tuteur, parceque, dans ces circonstances, il est le seul auquel la notification puisse être adressée avec efficacité. La minorité, en effet, comprend le temps tout entier déterminé pour sa durée, depuis la naissance du mineur, jusqu'à ce qu'il ait accompli l'âge de vingt-un ans. Si le mineur était dans les premières années de l'enfance, il serait dérisoire de lui faire à lui-même une notification ; on ne pourrait pas l'adresser avec plus de fruit au tuteur, qui, ayant refusé jusque là d'obéir à l'injonction que la loi lui avait faite de prendre Inscription sur lui-même, n'obéirait pas mieux à une notification de la part d'un tiers-acquéreur. Il ne restait donc plus que le subrogé-tuteur qui pût être chargé efficacement de veiller d'une manière particulière à la conservation des intérêts du mineur ; et c'est à lui que la loi a voulu que la notification fût faite.

Mais de ce que le législateur n'a désigné que le cas où un tiers-acquéreur voulait purger l'hypothèque légale pendant le mariage ou la minorité, il ne faut pas en conclure qu'il ait exclu celui où ces démarches n'auraient lieu qu'après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle ; le droit une fois fixé en faveur de la femme ou du mineur, se conserve sur leur tête après leur changement d'état, ou après que ce même droit est transmis à leurs successeurs. Parmi les avantages accordés à l'hypothèque légale, un des plus considérables est celui qui consiste en ce que l'hypothèque légale, quoique non inscrite, ne peut être purgée sans que le dessein qu'en a formé le tiers-acquéreur, ait été personnellement notifié, soit à la femme, soit au mineur ou aux agens chargés de sa défense. Et si l'hypothèque légale, avec tous ses attributs, doit nécessairement survivre, ainsi qu'il a été prouvé, à la dissolution du mariage ou à la cessation de la tutelle, il s'ensuivra qu'après ces époques, la notification de la part du tiers-acquéreur, doit être faite à la femme veuve ou à ses représentans, au mineur devenu majeur ou à ses ayant-cause.

La question est indirectement décidée par un avis du conseil d'état du 9 mai 1807, approuvé le 1er juin suivant, sur les moyens de prévenir les difficultés en matière d'hypothèque légale indépendantes de l'Inscription ; cet avis est ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport des sections des finances et de législation sur celui du ministre du trésor public, concernant les moyens de prévenir les difficultés qui s'élèvent en matières d'hypothèques légales existantes indépendamment de l'Inscription ;

» Considérant que les art. 2193, 2194 et 2195 du Code civil ont tracé les règles à suivre pour purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs existantes indépendamment de l'Inscription ; que l'art. 2194 exige que l'acte de dépôt au greffe du contrat translatif de propriété, soit signifié, tant à la femme et au subrogé-tuteur qu'au procureur (du roi) près le tribunal de l'arrondissement où les biens sont situés ; que l'exécution de cette disposition est possible toutes les fois que le subrogé-tuteur et la femme, *ou ceux qui la représentent,* sont connus ; mais qu'il arrive souvent qu'ils ne le sont pas, et que les acquéreurs sont alors forcés de se borner à faire la signification au procureur (du roi) seulement ;

» Qu'il convient, dans cet état de choses, de recourir, pour l'avenir, aux moyens indiqués par le Code civil et par le Code de procédure, lorsqu'il s'agit d'avertir les parties qui peuvent avoir des intérêts ;

» Est d'avis, premièrement, que lorsque, soit la femme, *ou ceux qui la représentent,* soit le subrogé-tuteur, ne seront pas connus de l'acquéreur, il sera nécessaire et il suffira, pour remplacer la signification qui doit leur être faite aux termes dudit art. 2194, en premier lieu, que, dans la signification à faire au procureur (du roi), l'acquéreur déclare que ceux du chef desquels il pourrait être formé des Inscriptions pour raison d'hypothèques légales existantes indépendamment de l'Inscription, n'étant pas connues, il fera publier la susdite signification dans les formes prescrites par l'art. 683 du Code de procédure civile, ou que, s'il n'y avait pas de journal dans le département, l'acquéreur se fasse délivrer par le procureur (du roi) un certificat portant qu'il n'en existe pas, etc. »

Le conseil d'état énonce bien explicitement que la notification doit être faite à la femme, *ou à ceux qui la représentent*, lorsqu'ils sont connus. Ces expressions désignent et identifient les deux cas, celui où la femme existe, et celui où la femme n'existant plus, est représentée par ses héritiers. Pendant le mariage, et tandis que la femme existe, nul n'a le droit de la représenter. C'est à elle seule en personne que les notifications peuvent être faites. Si elle est représentée, ce ne peut être que par ses héritiers. Et conséquemment, lorsqu'elle a cessé d'exister, la loi continue d'exiger avec la même rigueur que la notification soit faite à ses représentans en personne, lorsqu'ils sont connus; si, après la dissolution du mariage par le décès de la femme, il faut encore suivre les formes du chap. 9 à l'égard de ses héritiers, s'il faut leur notifier personnellement, à combien plus forte raison faudra-t-il notifier à la femme elle-même lorsqu'elle a survécu à son mari? L'hypothèque légale n'est donc nullement dénaturée par la dissolution du mariage, sans distinguer si cette dissolution a pour cause le prédécès du mari ou celui de la femme. Elle conserve donc, après la dissolution du mariage, les mêmes avantages dont elle jouissait pendant le mariage; elle doit donc être soumise aux mêmes épreuves lorsqu'il s'agit de la purger.

L'avis ne s'explique pas, il est vrai, avec la même netteté au sujet des mineurs: il ne parle que de la personne du subrogé-tuteur, et du cas où il n'est pas connu. Mais lorsqu'on considère que l'hypothèque légale des femmes et celle des mineurs ont été créées par la même disposition, qu'elles marchent sur la même ligne, qu'elles jouissent des mêmes prérogatives, on ne peut disconvenir que ce qui est décidé pour l'une, ne soit applicable à l'autre; et si l'hypothèque légale de la femme subsiste dans toute sa force après la dissolution du mariage, l'on sera forcé de reconnaître que l'hypothèque légale du mineur doit pareillement subsister après la cessation de la tutelle, et que les mêmes formes pour parvenir à la purger, doivent être mises en usage dans l'un et dans l'autre cas.

[[C'est même ce que décide textuellement un autre avis du conseil d'état, du 3 mai 1812, approuvé le 8 du même mois; en voici la teneur:

« Le conseil d'état, qui, sur le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section de législation sur celui de l'intendant général du domaine de la couronne, tendant à la décision de plusieurs questions relatives au mode de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs:

» 1°. Est-il nécessaire de faire signifier à la femme devenue veuve, au mineur devenu majeur, ou aux héritiers d'une femme ou d'un mineur, l'acte constatant le dépôt du contrat translatif de la propriété d'un immeuble au greffe du tribunal civil, à l'effet de purger les hypothèques légales qui peuvent exister du chef de la femme et du mineur, sur les biens des maris ou des tuteurs?

» 2°. En cas de résolution affirmative sur cette première question, ne conviendrait-il pas de fixer un délai dans lequel la femme devenue veuve, ou le mineur devenu majeur, seraient tenus de faire inscrire leurs créances sur les biens de leurs maris ou de leurs tuteurs pour conserver le rang de leur hypothèque légale?

» 3°. Dans la même hypothèse, ne conviendrait-il pas de fixer un délai dans lequel les héritiers d'une femme ou d'un mineur seraient tenus de faire inscrire les créances résultant des hypothèques légales accordées aux femmes et aux mineurs, sur les biens des maris et des tuteurs?

» Considérant que la première question ne peut faire la matière d'un doute, attendu que si, aux termes de l'art. 2194 du Code civil, la notification de l'acte de dépôt du contrat d'aliénation de l'immeuble frappé de l'hypothèque légale, doit être faite à la femme et au subrogé-tuteur, le mari vivant et la minorité subsistant, à plus forte raison lorsque la mort du mari et la cessation de la minorité ont rendu la femme et le mineur maîtres de leurs actions, et ont réalisé pleinement et librement pour eux le droit et l'intérêt de cette hypothèque légale; d'où il suit que la même chose doit avoir lieu pour les héritiers ou autres représentans étant à leurs droits;

» Considérant, sur les deux autres questions, que les tiers-acquéreurs des biens frappés d'hypothèques légales, sont désintéressés et mis à l'abri par les moyens que le Code civil et l'avis du conseil d'état du 9 mai 1807 leur donnent pour purger ces hypothèques, moyens qui sont applicables aux femmes devenues veuves, aux mineurs devenus majeurs et à leurs héritiers ou autres représentans, comme à la femme en puissance de mari et au mineur en tutelle, sans qu'il soit nécessaire de fixer à la femme veuve, et au mineur devenu majeur, un délai dans lequel ils seraient tenus de faire inscrire leurs créances; sous peine de perdre leur hypothèque légale; qu'en effet, l'acquéreur, en

remplissant les formalités qui lui sont indiquées par le Code et par l'avis du 9 mai 1807, qui ne lui imposent point l'obligation de rechercher autrement les ayant-droit aux hypothèques légales, peut mettre en demeure tous ces ayant-droit, à lui inconnus, comme ceux qui lui sont connus, et faire courir contre eux le délai de deux mois déterminé par l'art. 2195 du Code civil;

» Est d'avis que le mode de purger les hypothèques légales des femmes et des mineurs, établi tant par le Code civil que par l'avis du conseil d'état du 9 mai 1807, est applicable aux femmes veuves et aux mineurs devenus majeurs, ainsi qu'à leurs héritiers ou autres représentans; qu'il n'y a pas nécessité de fixer un délai particulier aux femmes après la mort de leurs maris, et aux mineurs devenus majeurs ou à leurs représentans, pour prendre inscription ».

Mais de là s'ensuit-il que les femmes qui étaient veuves ou divorcées à l'époque de la promulgation de l'art. 2135 du Code civil, aient acquis, sans Inscription, une hypothèque légale sur les biens de leurs ci-devant maris, pour le recouvrement de leur dot et de leurs conventions matrimoniales?

De là s'ensuit-il que les héritiers d'une femme morte avant la promulgation de l'art. 2135 du Code civil, ont acquis, sans Inscription, une hypothèque légale sur les biens du mari?

Ces deux questions sont traitées ci-après, n°. XII².]]

IV. Nous avons envisagé l'hypothèque légale des femmes et des mineurs dans ses rapports avec les autres créanciers et dans ses rapports avec les tiers-acquéreurs: nous sommes descendus dans cette analyse pour suivre pas à pas les objections élevées contre l'opinion que nous avons adoptée, et pour nous conformer au plan du Code civil qui paraît avoir réglé les effets de l'hypothèque légale sous ce double aspect. Nous sommes d'ailleurs éloignés de penser que cette distinction ait un fondement solide. L'hypothèque en général, ainsi que nous aurons l'occasion de le dire ailleurs, est une; son existence est indivisible: si elle existe par rapport aux autres créanciers du même débiteur, elle doit exister de même par rapport aux tiers-acquéreurs; et la différence de ses effets à l'égard des uns, et des autres, ne vient que de la différence de titres et de droits qui existe entre un créancier et un acquéreur.

Mais sans nous étendre davantage sur cette observation, nous croyons avoir démontré que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs se conserve dans son intégrité après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle; qu'elle continue d'être indépendante de l'Inscription après ces époques; que, tant que l'immeuble qui en est frappé, reste dans la main du débiteur de la dot ou du compte tutélaire, l'Inscription de la veuve, du ci-devant mineur ou de leurs représentans, dans quelque temps qu'elle soit faite, remonte au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et prime toutes les Inscriptions intermédiaires de tous les autres créanciers; qu'enfin, l'acquéreur qui, après les mêmes époques, veut purger l'hypothèque légale, doit suivre à l'égard des femmes, des ci-devant mineurs ou de leurs représentans, les formes prescrites par le chap. 9 du titre *des priviléges et hypothèques*.

Avant de quitter cette question importante, nous citerons encore un *avis du conseil d'état sur la durée des Inscriptions hypothécaires prises, soit d'office, soit par les femmes, les mineurs et le trésor public, sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables*.

Cet avis, donné dans la séance du 15 décembre 1807, est inséré au Bulletin des lois sous la date du 22 janvier 1808. Son titre semblait annoncer une décision positive sur la question principale que nous venons d'agiter: notre attente a été trompée; il n'a trait qu'à la question de savoir si les Inscriptions hypothécaires prises d'office et celles prises par les femmes, les mineurs et le trésor public sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables, doivent être renouvelées avant l'expiration du délai de dix années réglé par l'art. 2154 du Code civil.

Cependant on y trouve un raisonnement qui confirme puissamment notre opinion, soit sur la question principale, soit sur la question accessoire au renouvellement de l'Inscription.

« L'art. 2154 (dit le conseil d'état dans son avis) passa tel qu'il est aujoud'hui, sans aucune exception: c'est-à-dire, que les Inscriptions ne conserveront les hypothèques et les priviléges que pendant dix ans, et que leur effet cessera si elles ne sont pas renouvelées avant l'expiration de ce délai.

» Le Code ne fait aucune exception, et c'est en quoi il diffère de la disposition de la loi du 11 brumaire an 7, sur la durée des Inscriptions.

» L'art. 23 de cette loi présente d'abord la même disposition que celle de l'art. 2154 du Code; il offre ensuite deux exceptions à cette règle: la première, en faveur des Inscriptions prises sur les comptables et leurs cau-

tions, *lesquelles*, est-il dit, *auront leur effet jusqu'à l'apurement définitif des comptes, et six mois au delà;* la deuxième, en faveur des Inscriptions sur les biens des époux, pour leurs droits et conventions, *lesquelles dureront pendant tout le temps du mariage et une année après.*

» Si ces exceptions ne sont pas retracées dans le Code civil, ce n'est point par oubli, mais avec réflexion, et par une suite des principes qui sont la base des nouvelles dispositions concernant les hypothèques.

» D'abord, les Inscriptions relatives aux droits des femmes et des mineurs ne sont plus nécessaires pour la conservation de leurs hypothèques, qui existent indépendamment de toute Inscription, suivant l'art. 2135 du Code; on n'a donc pas dû ordonner, pour la conservation de cette hypothèque, le renouvellement d'une Inscription qui n'était plus nécessaire pour son établissement ».

La loi du 11 brumaire an 7 avait établi en principe, que les Inscriptions des hypothèques devaient être renouvelées dans les dix ans. Elle posait une exception en faveur des femmes, et cette exception embrassait le temps du mariage et celui qui suivait sa dissolution. Le Code civil a adopté la même règle, mais il n'a pas reproduit l'exception. Par quels motifs? Le conseil d'état les explique : *ce n'est point par oubli, mais avec réflexion :* c'est parceque le Code civil a établi que les hypothèques légales des femmes existent indépendamment de toute Inscription; et que l'Inscription primitive n'étant pas nécessaire pour l'établissement de cette hypothèque, elle ne pouvait le devenir pour la conservation du même droit.

L'exception est supprimée pour les deux temps : pour celui qui comprend la durée du mariage, et pour celui qui suit sa dissolution. Elle est supprimée par le motif unique pris de ce que l'hypothèque légale des femmes existe indépendamment de toute Inscription. Il est donc certain que cette existence, indépendante de toute Inscription, a lieu après la dissolution du mariage, tout comme pendant le mariage; et notre opinion se trouve encore fortifiée de cette nouvelle autorité.

V. Il est temps que nous revenions au texte de notre art. 2135, et que nous présentions les observations que nous avons annoncées.

L'hypothèque existe, y est-il dit, *indépendamment de toute Inscription, 1°. au profit des mineurs et interdits sur les immeubles appartenans à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle; 2°. au profit des femmes pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.* L'article ajoute néanmoins que la femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet; qu'elle n'a hypothèque pour l'indemnité des dettes qu'elles a contractées avec son mari, et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. Il déclare enfin que, dans aucun cas, la disposition de ce même article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du titre où il est placé.

Nos observations suivront le plan tracé dans cet article : les premières se rapporteront à l'hypothèque légale des mineurs, les secondes à celles des femmes.

VI. Cet article, semblable en ce point à l'art. 2121, rapporté sous le mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 3, art. 4, n'accorde l'hypothèque légale qu'aux seuls mineurs et interdits sur les immeubles appartenans à leur tuteur. Nous avons vu aussi, au même endroit, n°. 4, que l'hypothèque légale des mineurs et interdits ne s'étend pas aux biens du subrogé-tuteur, lors même que le subrogé-tuteur aurait à se reprocher de n'avoir pas rempli tous les devoirs personnels que la loi lui impose.

Quelle que soit la qualité de la tutelle, soit qu'il s'agisse de la tutelle du père et de la mère ou des ascendans supérieurs, soit que le tuteur ait été nommé par le père ou la mère, soit enfin que la tutelle ait été conférée par le conseil de famille, l'hypothèque atteint également les biens du tuteur. La jouissance des biens de l'enfant mineur, accordée au père ou à la mère par l'art. 384 du Code civil, ne saurait même soustraire leurs biens à la charge de l'hypothèque. Car ils sont tuteurs, et la loi n'en excepte aucun : d'un autre côté, si le droit de jouissance les dispense de compter des revenus, elle ne les dispense pas de rendre compte des capitaux qu'ils ont reçus, ni de la réparation du préjudice qu'ils peuvent avoir causé au mineur par leur négligence ou leur mauvaise gestion.

Nous avons vu enfin, sous le mot *hypothèque*, et toujours d'après l'art. 2121, que l'hypothèque légale embrasse la totalité des immeubles appartenans au tuteur lors de l'acceptation de la tutelle et sur ceux acquis par lui postérieurement.

Le rang de cette hypothèque est fixé par l'époque de l'acceptation de la tutelle.

Cette époque est déterminée d'une manière prescrite, lorsque la tutelle est déférée par le conseil de famille, attendu que, d'après l'art. 418, le tuteur doit agir et administrer, et conséquemment accepter, le jour même de sa nomination, si elle a eu lieu en sa présence, et le jour de la notification, dans le cas contraire.

Cette dernière disposition doit être étendue par analogie au cas où le tuteur a été nommé par le père ou la mère : l'acceptation doit être placée au jour même de la notification qui lui sera faite de sa nomination.

Quant au père, à la mère ou autres ascendans qui sont directement désignés par la loi, leur acceptation doit être regardée comme ayant eu lieu le jour même où le mineur est tombé en tutelle : ils sont tuteurs de droit; l'art. 394 en fournit une preuve incontestable, relativement à la mère : elle n'est pas tenue d'accepter la tutelle, dit cet article; néanmoins, et en cas qu'elle la refuse, elle devra en remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur. Ainsi, le refus même n'empêche pas que la charge de la tutelle n'ait commencé de peser sur la mère le jour même de l'ouverture de la tutelle, et qu'elle ne continue jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur.

Les mêmes motifs doivent entraîner la même conséquence, relativement aux autres tuteurs légaux.

Nulle hypothèque ne peut exister sans une obligation qui lui serve de base; de ce que le rang de l'hypothèque du mineur est fixé au jour de l'acceptation de la tutelle, l'obligation du tuteur doit être censée commencer au même instant. Il est réellement obligé, dès cet instant, de rendre compte de ce qu'il reçoit et de ce qu'il recevra dans la suite du chef du mineur.

Mais le compte de tout ce qui, durant la gestion, peut advenir au mineur, fait partie de l'obligation primitive, et est placé sous la garantie de l'hypothèque dont le rang est fixé au jour de l'acceptation de la tutelle. Ainsi, dans le cas où, pendant la tutelle, une succession mobilière viendrait à échoir au mineur, ou bien dans le cas où une donation entre-vifs ou testamentaire serait faite en sa faveur, l'hypothèque du mineur, exercée pour le recouvrement de ces objets advenus pendant la minorité, n'en remonterait pas moins au jour de l'acceptation de la tutelle : or, en cela on voit une différence remarquable entre le mineur et la femme qui, comme nous l'avons vu dans le texte de cet article, n'a d'hypothèque, pour les sommes provenant de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations auront eu leur effet.

La raison de cette différence est indiquée dans les *observations du tribunat*, qui ont amené cette restriction, et qui sont rapportées dans la *Conférence du Code civil*, édition de Firmin Didot, tome 7, page 178. On craignit que la rétroactivité de l'hypothèque, pour les dettes dont la cause n'était survenue que pendant le mariage, ne donnât ouverture à des fraudes, de la part de la femme elle-même. Ces craintes ne pouvaient tomber sur les mineurs dont l'innocence est au-dessus de tous les soupçons. Nous reviendrons sur cette différence.

Il arrivera sans doute rarement que la tutelle soit déférée à celui qui se trouverait débiteur du mineur à raison de sommes considérables. On ne manquerait pas de l'assimiler à celui qui, ayant avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens se trouvent compromis, ne pourrait pas même être tuteur, d'après l'art. 442, n°. 4, du Code civil. Cependant, si des considérations particulières faisaient admettre un tuteur, quoiqu'il eût déjà, envers le mineur, une dette bien constatée, mais non hypothécaire, cette dette, quoique non hypothécaire dans son principe, tomberait au même instant sous la charge de l'hypothèque légale. Cette hypothèque a lieu pour tout ce qui est dû par le tuteur, à raison de sa gestion; il entre dans la bonne gestion du tuteur, de recouvrer sur lui-même ce qu'il doit au mineur, et de le verser dans la caisse tutélaire. Cette dette, quoique préexistante, rentre donc dans celles qui dérivent de sa gestion; et elle doit, par cela même, devenir, avec toutes les autres, l'objet de l'hypothèque légale.

[[VI *bis*. Dans les pays où l'ancienne législation n'accordait point d'hypothèque aux mineurs, ceux-ci ont-ils, de plein droit, acquis hypothèque sur les biens de leurs tuteurs, à compter du jour de la publication de l'art. 2135 du Code civil? *V.* ci-après, n°. 12.]]

VII. L'hypothèque légale des femmes embrasse, comme celles des mineurs, les biens possédés par le mari à l'époque du mariage, et ceux acquis postérieurement. Mais le rang de cette hypothèque n'est pas invariablement fixé à l'époque du mariage, ainsi que nous allons l'expliquer. Si, dans le cours de cette discussion, nous n'avons indiqué que l'époque

unique du mariage pour fixer le rang de l'hypothèque, ce n'a été que pour éviter de rendre plus compliquée une question qui l'était déjà trop par elle-même. Nous nous réservions de distinguer ici, avec le texte, les diverses graduations que peut subir le rang de l'hypothèque légale de la femme.

Le projet du conseil d'état fut d'abord de fixer à une date unique le rang de l'hypothèque de la femme pour toutes les répétitions qu'elle aurait à exercer contre son mari. Ce même art. 2135, dans le projet communiqué au tribunat, était ainsi conçu : « L'hypothèque existe, indépendamment de toute » Inscription, 1°. au profit des mineurs, etc.; » 2°. au profit des femmes, pour raison de » leurs dots, reprises et conventions matrimoniales sur les immeubles de leur mari, et à » compter du jour de leur mariage ».

Le tribunat fit là-dessus une observation conçue en ces termes :

« La section pense qu'il y aurait un grand » inconvénient à laisser subsister, d'une manière aussi indéfinie que le fait l'article du » projet de loi, l'hypothèque légale des femmes sur les biens du mari.

» Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque légale, lorsqu'elles proviennent de successions, que le jour de l'ouverture de ces successions. Car, c'est seulement alors qu'il y a, de la part du mari, une administration qui, seule, peut faire le fondement de l'hypothèque.

» Ce qu'on vient de dire pour les successions, s'applique également aux donations.

» D'un autre côté, si la femme s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son consentement, elle a aliéné ses immeubles, elle ne doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter de l'obligation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'origine de la créance; et il est odieux que la femme, en s'obligeant ou en vendant postérieurement, puisse primer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté auparavant avec le mari. C'était là une source de fraudes qu'il est enfin temps de faire disparaître ».

D'après ces motifs, le tribunat proposa une rédaction nouvelle qui fut adoptée par le conseil d'état, et qui devint le texte de la loi, tel qu'il est aujourd'hui.

Cela posé, nous allons examiner, 1°. si l'hypothèque légale des femmes, dans le cas où elle jouit de toute sa plénitude, doit remonter au jour de la célébration du mariage, ou bien au jour du contrat de mariage; 2°. si toutes les créances des femmes sur leurs maris jouissent indistinctement de l'avantage de l'hypothèque légale; 3°. quelles sont les hypothèques légales qui remontent au jour du contrat, et celles qui ne se placent qu'à la date du titre ou du fait qui a donné lieu à la dette du mari.

VIII. Notre article ne fait partir l'hypothèque légale de la femme que *du jour du mariage;* expression qui, prise dans son sens grammatical, désigne et ne peut désigner que le jour de la célébration du mariage. Mais nous lisons dans l'art. 2194, que l'Inscription faite au profit de la femme pendant l'affiche du contrat d'aliénation de l'immeuble affecté à l'hypothèque légale, a le même effet que si elle avait été prise *le jour du contrat de mariage.*

La loi régit l'association conjugale à défaut de conventions littérales. Celles-ci ne font autre chose que modifier ou changer les règles établies par la loi elle-même. Ces principes sont consignés dans les art. 1387 et 1393 du Code civil. Il suit de là que, du moment où il y a mariage, il y a des règles qui déterminent les droits respectifs des époux. S'il n'y a pas de contrat écrit, ces règles sont celles qui sont directement établies par la loi. S'il y a un contrat écrit, ces règles sont les mêmes, sauf les modifications que les contractans ont pu et voulu y apporter.

En appliquant ces principes à l'hypothèque légale, nous trouverons qu'elle peut, suivant les circonstances, se rapporter aux deux époques désignées. S'il n'y a pas de contrat écrit, l'hypothèque a lieu du jour du mariage, attendu que c'est à ce jour même que les époux se sont tacitement soumis au règlement de leurs droits respectifs, tel qu'il est tracé par la loi. S'il y a un contrat écrit, l'hypothèque doit dater de ce contrat, parce qu'il contient la convention expresse et réciproque des parties.

IX. La loi a entendu attribuer l'hypothèque légale à toutes les créances, en général, que la femme peut avoir sur les biens du mari, lors de la dissolution du mariage. Cette intention est très-bien manifestée par les expressions employées dans la première rédaction rapportée plus haut : *l'hypothèque légale existe... au profit des femmes, pour raison de leurs dots, reprises et conventions matrimoniales.* Le mot *reprises* se trouve supprimé dans notre texte; mais cette suppression n'a été nullement faite dans la vue de restreindre

extension indéfinie que ce terme donnait à sa disposition. Les changemens opérés dans cet article, d'après les observations du tribunat, n'ont nullement eu pour but de soustraire à l'hypothèque légale aucune des reprises que la femme pourrait être en droit d'exercer lors de la dissolution du mariage: ils n'ont eu que celui de fixer le rang de l'hypothèque légale, relativement à certaines reprises, à une époque postérieure à celle du mariage.

Si ce n'était assez de cette preuve prise dans les motifs même qui ont déterminé le changement, nous en trouverions une nouvelle dans les art. 2140 et 2144, où le législateur, rappelant les objets généraux de l'hypothèque légale, désigne littéralement *la dot, les reprises et les conventions matrimoniales.*

Il est donc certain que, quoique le mot *reprises* ne se trouve plus dans l'art. 2135, qui fait l'objet de cette discussion, le législateur n'a pas moins eu l'intention bien prononcée d'attribuer les avantages de l'hypothèque légale à la dot, aux conventions matrimoniales, et aux reprises de la femme.

Or, la dot, les conventions matrimoniales et les *reprises* comprennent toutes les créances que la femme peut avoir sur le mari, soit sur le régime dotal, soit sous celui de la communauté.

La dot, sous l'un et l'autre régime, est-il dit dans l'art. 1540 du Code civil, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage; tout ce que la femme se constitue, continue l'article suivant, ou qui lui est donné en contrat de mariage, est dotal, s'il n'y a stipulation contraire.

Tout ce qui est donné à la femme dans le contrat de mariage, tous les biens, soit présens, soit futurs, que la femme se constitue dans le même contrat, forment la dot. Sous le régime dotal, la dot est bornée à ces biens, puisque tous ceux que la femme peut avoir, et qui ne sont pas compris dans ces désignations, sont paraphernaux, ce qui signifie *extrà dotem*: mais sous le régime de la communauté, la dot a une bien plus grande extension: elle comprend la totalité des biens que la femme a ou peut acquérir pendant le mariage. On voit, en effet, dans l'art. 1530, que, dans le cas même où les époux se marient sans communauté, cette clause ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits; mais que ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. La dot expressément constituée, ne donne au mari d'autre droit que celui de jouir des biens qui en font l'objet, pour supporter les charges du mariage; et puisque le mari a indistinctement le même droit sur les biens constitués, et sur ceux non constitués en dot, il est clair que, comme nous venons de le dire, que, sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme sont dotaux, du moins par l'effet, s'ils ne le sont pas par la dénomination.

Il faut néanmoins excepter le cas où les époux ont stipulé qu'ils seraient séparés de biens; ce cas est soumis à des règles particulières que nous ferons connaître plus bas.

En résumant notre analyse, nous reconnaîtrons que, sous le nom de *dot*, doivent être comprises, savoir, sous le régime de la communauté, toutes les sommes appartenant à la femme, qui ont passé dans les mains du mari, quelle que soit leur source; et sous le régime dotal, toutes les sommes qui ont été données à la femme, ou qu'elle s'est constituées nominativement dans le contrat de mariage. Nous reconnaîtrons par suite que la femme doit jouir de l'hypothèque légale sur les biens de son mari, pour la répétition de toutes ces sommes indistinctement.

Sous le nom de *conventions matrimoniales*, on peut comprendre plus particulièrement tous les dons et avantages, soit unilatéraux, soit réciproques, que les époux se font entre eux dans leur contrat de mariage. Ces sortes de stipulations, quel que soit leur objet, sont toujours présumées des conditions du mariage, et rentrent, sous ce rapport, dans le rang des conventions matrimoniales. La femme jouira donc encore de l'hypothèque légale, lorsqu'après la dissolution du mariage, elle sera dans le cas de répéter, sur les biens de son mari, les sommes qui pourront lui être dues en vertu de ces conventions.

Les *reprises* ont une plus grande latitude, et elles comprennent les sommes que la femme est en droit de répéter sur les biens de son mari, soit à titre de remploi, soit à titre d'indemnité, soit à titre de récompense.

Quand il y a communauté entre les époux, il est évident que la femme a une reprise sur les biens de son mari, pour le remboursement des sommes à elle appartenant, qui ont passé dans les mains du mari, ou qui ont été employées d'une manière quelconque pour l'utilité de ce dernier.

Il en est de même, sous ce régime, dans le cas où les époux sont convenus de se marier sans communauté.

Si le mari a reçu des sommes appartenant à sa femme, autres que des fruits ou intérêts qui

lui sont acquis irrévocablement en vertu de son droit de jouissance, ou bien, si la femme elle-même a payé, de ses propres deniers, des dettes de son mari, toutes ces sommes formeront l'objet d'autant de reprises pour lesquelles la femme aura une hypothèque légale, soit parceque cette hypothèque lui appartient, en général pour ses reprises, soit parceque, d'après les explications que nous avons données plus haut, tous ces objets peuvent, sous certains rapports, être regardés comme dotaux.

Il pourrait y avoir plus de difficulté dans le cas où, sous le régime de la communauté, les époux se sont mariés avec clause de séparation des biens, et dans celui où, sous le régime dotal, la femme a réservé des paraphernaux. Ces deux cas sont semblables, et placent la femme dans la même situation, par rapport à son mari. Dans l'un et dans l'autre, la femme conserve l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, non communs ou paraphernaux (art. 1536 et 1576); dans l'un et dans l'autre, la femme contribue aux charges, à concurrence du tiers du revenu de ces biens, s'il n'y a stipulation contraire (art. 1537 et 1575) : dans l'un et dans l'autre, il est défendu à la femme d'aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari, ou à son refus, sans autorisation de la justice (art. 1538 et 1576); dans l'un et dans l'autre, le mari qui, par la tolérance de la femme, a joui des biens de celle-ci, ne doit que les fruits existans au moment où cette administration lui est retirée, et nullement ceux qui se trouveront consommés (art. 1539 et 1578).

Il est possible que, dans ces doubles cas, des sommes capitales appartenant à la femme, aient passé dans la main du mari, ou aient été employées à son utilité. La femme exerçant la répétition de ces sommes, jouira-t-elle de l'avantage de l'hypothèque légale?

Les doutes peuvent venir de ce que, dans ces deux cas, l'administration appartient pleinement à la femme, et de ce que la femme n'a pas besoin d'un secours extraordinaire pour l'assurance de la répétition des sommes dont l'emploi a été consenti et aurait pu être empêché par elle.

Ces doutes se fortifient par la disposition de l'art. 1577, portant que, si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu, vis-à-vis d'elle, comme tout mandataire : d'où suit cette conséquence que la femme, dans ce cas, n'aura pas plus une hypothèque légale sur les biens de son mari, qu'elle ne l'aurait sur les biens de tout autre auquel elle aurait donné un pareil mandat.

Cependant, quelle que soit la force de ces raisons, elles sont balancées par d'autres non moins puissantes.

On ne peut disconvenir que l'empire naturel du mari sur sa femme, ne soit toujours le même, quelles que soient les conventions particulières de leur contrat. La loi elle-même n'a pas voulu soustraire la femme à la dépendance du mari, puisque la femme ne peut, sans l'autorisation du mari, faire aucun des actes qui sortent des bornes d'une pure administration : elle a fait plus, elle a prévu que le mari pourrait franchir les limites de la convention, et s'emparer de la jouissance des paraphernaux, malgré l'opposition constatée de la femme; et elle a voulu que, dans ce cas marqué dans l'art. 1579, le mari fût comptable envers sa femme de tous les fruits tant existans que consommés. Si toutes les conventions possibles ne peuvent soustraire la femme à l'autorité de son mari, il est naturel de présumer que cette autorité aura exercé son influence sur les actes, même spontanés en apparence, par lesquels les biens de la femme auront été employés pour l'utilité du mari : et il est souverainement juste que la loi fournisse à la femme une garantie qu'elle ne saurait trouver dans un droit dont elle n'aurait pas la force de faire usage. Sans cela, il arriverait souvent que les précautions prises pour mettre les biens de la femme à l'abri des dilapidations du mari, tourneraient au détriment de celle-là. Le mari, malgré le droit d'administration réservé à la femme, ne laisserait pas que de s'emparer de sa fortune, même de la dissiper, sans que la femme timide osât former des plaintes, ou avant qu'elle pût les faire entendre; et sa condition serait pire que celle d'un créancier ordinaire, qui a pu librement prendre toutes les sûretés que la prudence lui a inspirées.

[[Cette doctrine, quelque bien raisonnée qu'elle soit, quelque parfaitement justifiée qu'elle paraisse être par la combinaison des art. 2135, 2140 et 2144 du Code civil, n'a pas laissé que de trouver des contradicteurs.

Elle a même été rejetée par un arrêt de la cour d'appel d'Aix, du 19 août 1813; par trois arrêts de la cour royale de Grenoble, des 14 juillet et 24 août 1814 et 9 juillet 1819; et par un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 4 juin 1816, rapportés dans le *Journal des audiences de la cour de cassation*, années 1814, partie 2, *Supplément*, page 79; 1817,

Supplément, pages 117 et 149; et 1822, page 398.

Mais elle a été adoptée par deux arrêts de la cour royale de Riom, des 19 août 1817 et 20 février 1819, rapportés dans *la jurisprudence de la cour de cassation*, tome 18, partie 2, page 148, et tome 20, partie 2, page 275; et ce qui donne à ces deux arrêts un très-grand poids, c'est que celui de la cour royale de Grenoble, du 9 juillet 1819, l'un de ceux qui les contrarient, a été cassé le 11 juin 1821, au rapport de M. Carnot, et après un délibéré,

« Vu les art. 2121, 2135, 2193, 2194 et 2195 du Code civil;

» Attendu que l'art. 2121 dispose d'une manière générale et absolue, que les femmes ont une hypothèque légale sur les biens de leurs maris, pour sûreté de leurs droits et créances; que, par ces mots *droits et créances*, l'on doit nécessairement entendre tout ce que les femmes sont en droit de réclamer contre leurs maris à quelque titre que ce soit;

» Que l'art. 2135 porte également et sans restriction, que les femmes ont une hypothèque indépendante de toute inscription sur les biens de leurs maris; que, si cet article fixe diverses époques auxquelles remonte cette hypothèque des femmes, suivant la nature des droits qu'elles ont à réclamer, ce n'est pas pour en soustraire aucun à l'hypothèque qu'il leur accorde, mais uniquement pour établir que tous ne doivent pas remonter à la date de leur mariage;

» Qu'il résulte, en effet, des dispositions des art. 2193, 2194 et 2195, que les acquéreurs des immeubles des maris ne purgent les hypothèques non-inscrites des femmes mariées pour leurs dots, reprises et conventions matrimoniales, qu'en observant les formalités qu'ils prescrivent;

» Que les créances paraphernales des femmes rentrent nécessairement dans les dispositions générales de ces articles; qu'elles constituent en effet un des genres de reprises qu'elles ont à exercer sur leurs maris, lorsque ceux-ci en ont employé le montant à leur profit.

» D'où suit que les femmes mariées ont une hypothèque légale indépendante de toute Inscription, sur les biens de leurs maris, pour la sûreté de leurs paraphernaux, comme pour toutes leurs autres reprises, lorsque ceux-ci en ont reçu le montant et qu'ils en sont débiteurs envers elles;

» Qu'il y a même raison de décider relativement aux créances paraphernales des femmes, que relativement à tous leurs autres droits; que le même empêchement moral existe à cet égard de la part des femmes mariées sous le régime dotal, pour la conservation de ses créances, par la voie de l'Inscription, qu'à l'égard des femmes mariées sous le régime de la communauté, puisque, comme celles-ci, elles ne peuvent disposer de leurs biens qu'avec l'autorisation de leurs maris;

» Et attendu qu'il a été reconnu et déclaré, *en fait*, que le sieur Nartus a reçu le montant et conservé dans ses mains les deniers provenus des biens paraphernaux de son épouse;

» Que cependant la cour royale de Grenoble a jugé que l'héritière de la dame Nartus n'avait pas une hypothèque légale indépendante de toute Inscription, sur les biens du mari de cette dernière, pour la sûreté desdits deniers;

» Qu'en le jugeant ainsi, ladite cour a ouvertement violé les dispositions des articles cités, et commis un excès de pouvoir, en y supposant une exception qu'ils ne comportent pas ».

Il est seulement à remarquer que, dans cette espèce, les défendeurs à la demande en cassation la combattaient subsidiairement, comme le dit, en finissant, l'arrêt dont nous venons de transcrire les motifs, « par cette double con» sidération, que c'était en qualité de man» dataire de sa femme, que le sieur Nartus » avait reçu les sommes réclamées, ce qui ne » donnait à la dame Nartus contre son mari » que l'action de mandat aux termes de l'art. » 1557, et que d'ailleurs la dame Nartus s'é» tait départie de son hypothèque légale pour » s'en tenir à une hypothèque convention» nelle, ce qu'elle avait eu le droit de faire, » puisqu'elle aurait pu disposer de la pro» priété même de sa créance »; mais que l'arrêt a écarté ces moyens subsidiaires, « attendu » que la question n'a été discutée ni jugée, » soit en première instance, soit en appel, ni » sous l'un ni sous l'autre de ces rapports; que, » dès lors, pour y statuer, il faudrait se li» vrer à une appréciation d'actes qui ne ren» tre pas dans le domaine de la cour de cas» sation ».]]

C'est sans doute pour sauver la femme du péril [[dont elle serait menacée par une jurisprudence contraire à celle qui est consacrée par cet arrêt]], que la loi, à cause de sa seule qualité d'épouse, lui a accordé une hypothèque légale pour toutes les reprises qu'elle aurait à exercer contre son mari. La femme, dont les biens non communs ou paraphernaux ont été employés pour l'utilité du mari, soit

par celui-ci, soit par elle-même, a évidemment une reprise à exercer : il est donc juste qu'elle jouisse de l'avantage de l'hypothèque légale. Cette hypothèque est littéralement accordée à la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari. La loi ne distingue nullement la femme qui, en contractant cette dette, avait des biens non communs ou paraphernaux, d'avec celle qui n'avait pas des biens de cette nature. Si la femme, dans tous les cas, a une hypothèque légale pour l'indemnité d'une dette contractée avec son mari et non acquittée, pourquoi n'aurait-elle pas l'hypothèque légale pour l'indemnité d'une dette semblable, mais acquittée par elle? Nulle raison ne saurait justifier cette différence. Bien plus, l'indemnité promise à la femme, lorsqu'elle contracte la dette pour son mari, ne lui est pleinement acquise que lorsqu'elle a réellement payé la dette; car, jusque-là, le mari pourrait l'acquitter lui-même, et la femme n'aurait dès lors aucune indemnité à prétendre.

Tenons donc pour certain que, dans tous les cas, la femme a une hypothèque légale sur les biens de son mari, pour la sûreté des créances qu'elle peut avoir lors de la dissolution du mariage, soit que ces créances dérivent de l'apport direct de la femme au mari, ou de l'emploi de ses deniers pour l'utilité de son mari, soit qu'elles aient pour cause des avantages faits en contrat de mariage, et produisant une obligation positive ou conditionnelle du mari en faveur de la femme.

C'est ainsi que nous précisons ces avantages, pour les distinguer de ceux qui se résolvent en une disposition à cause de mort, tels que le don que le mari ferait à la femme en contrat de mariage, d'une somme à prendre sur les biens qu'il délaisserait à son décès, et les dons quelconques que le mari ferait à la femme pendant le mariage. Les dons de ce genre, semblables à des legs, ne forment pas une créance proprement dite : ils sont si peu regardés comme une créance, qu'ils ne peuvent être exigés qu'après le paiement intégral de toutes les créances qui existeront sur les biens du mari à l'époque de son décès. La femme ne peut donc avoir, pour les avantages de ce genre, une hypothèque légale remontant, soit au jour du contrat de mariage, soit à une époque quelconque de la durée du mariage. Elle n'aura d'autre sûreté que celle qui est accordée aux légataires en général.

Nous ajouterons surabondamment qu'il ne faut pas mettre dans cette catégorie le don d'une somme que le mari ferait en contrat de mariage, en faveur de la femme, dans le cas où il viendrait à la prédécéder. Ce don engendrerait une obligation réelle, quoique conditionnelle; et la condition venant à s'accomplir, son effet se reporterait au jour du contrat de mariage : ainsi, rien ne s'opposerait à ce que l'hypothèque légale fût acquise à la femme pour la sûreté du recouvrement.

X. Nous croyons avoir suffisamment fait connaître quelles sont les créances qui donnent lieu à l'hypothèque légale en faveur de la femme : nous allons passer au troisième point de nos recherches, qui consiste à distinguer les hypothèques légales dont le rang est invariablement fixé au jour du contrat de mariage, d'avec celles dont le rang ne se place qu'à une époque postérieure.

Cette distinction est clairement établie par notre texte et par les explications que nous lui avons données. L'hypothèque se reportera au jour du contrat de mariage, lorsqu'il aura pour objet la dot proprement dite, c'est-à-dire, des sommes déterminées qui auront été constituées ou données à la femme dans le contrat de mariage, et cela, quand bien même le paiement ou la délivrance de ces sommes aurait été renvoyé à des termes plus reculés. Il suffit, en effet, que le don ou la constitution ait eu lieu dans le contrat de mariage : les termes ou délais pris pour le paiement, n'empêchent pas que l'hypothèque ne soit acquise du jour même du contrat de mariage. Le rang de l'hypothèque ne descend à une époque postérieure, que dans le cas où la donation est faite à la femme pendant le mariage, ainsi que le dit notre texte.

On peut aussi constituer en dot des biens à venir : les sommes qui adviendront au mari, en vertu de ces dons ou constitutions, seront bien dotales; mais elles n'emporteront hypothèque, en faveur de la femme, que du jour où le droit de les percevoir sera acquis au mari, soit par l'ouverture d'une succession, soit par l'effet d'un don, soit par toute autre cause, ainsi que le porte notre article, qui dit textuellement que la femme n'a hypothèque que pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet.

Cet article présente précisément l'espèce que nous venons de proposer : il parle de sommes *dotales* et provenant de successions échues ou de donations faites pendant le mariage; or, les sommes qui ont cette origine, ne peuvent être dotales, qu'autant que

le contrat de mariage contient donation ou constitution de ces mêmes sommes, quoique non existantes, sous le nom de *biens à venir*.

Mais, de ce que ce cas est le seul qui soit littéralement exprimé, faudra-t-il en induire que la même décision ne devra pas être appliquée au cas où les sommes provenant de successions échues ou de donations faites pendant le mariage, ne seront pas dotales, faute de constitution des biens à venir dont elles font partie? Nous avons déjà établi plus haut que ces sommes, quoique non dotales, ou les créances dont elles font l'objet, n'engendrent pas moins une hypothèque légale en faveur de la femme; et nous ajouterons ici, en nous fondant sur l'analogie d'un cas avec l'autre, que, si la femme n'a hypothèque pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues, ou de donations à elle faites, pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet, il doit en être de même, à plus forte raison, des sommes non dotales dérivant des mêmes sources.

Il nous reste à expliquer ce que la loi a entendu, en disant que la femme aura hypothèque, *du jour que les donations auront eu leur effet*.

Cette expression, un peu équivoque, pourrait signifier que l'hypothèque légale est acquise du jour où le droit de percevoir les sommes données est ouvert, ou bien seulement du jour où elles ont été réellement acquittées entre les mains du mari.

La première interprétation nous paraît la meilleure. Une donation a son effet du moment où le droit qui en dérive, est acquis au donataire. D'un autre côté, lorsqu'il s'agit de sommes dérivant d'une succession ouverte au profit de la femme, le rang de l'hypothèque est positivement fixé au jour de l'ouverture de la succession, quoique l'on sente très-bien que des termes apposés aux obligations, des opérations préliminaires, ou d'autres causes peuvent différer l'acquittement des sommes à recouvrer long-temps après cette ouverture. Pourquoi les mêmes causes ne produiraient-elles pas les mêmes effets, lorsqu'il s'agit d'une donation? Ainsi, l'hypothèque devrait dater du jour de l'acceptation de la donation, quand bien même les sommes acquises en vertu de cette donation, ne parviendraient au mari que long-temps après.

Nous pensons néanmoins qu'ici, comme dans les cas que nous avons indiqués plus haut, il faut excepter de cette règle les sommes paraphernales ou non communes, appartenant à la femme mariée avec clause de séparation de biens, ou les paraphernaux réservés à la femme mariée sous le régime dotal. L'hypothèque légale ne doit s'établir, en faveur de la femme, que du jour où ces sommes sont employées au profit du mari. La raison en est simple: le mari n'a pas, comme dans les cas ordinaires, le droit de la perception, puisqu'il appartient, au contraire, à la femme qui a la pleine administration de ses biens. L'obligation du mari ne peut résulter que du fait de la perception faite par lui, ou de l'emploi effectif fait pour son utilité. L'hypothèque ne peut, de même, prendre naissance que de ce fait, et obtenir un rang que du jour même de la perception ou de l'emploi.

XI. Il y a encore d'autres cas où l'hypothèque légale de la femme ne remonte pas au jour du contrat de mariage, mais où elle est fixée aux dates des actes qui engendrent l'obligation du mari; ce sont ceux où elle a pour cause l'indemnité des dettes contractées par la femme avec son mari, ou le remploi de ses propres aliénés, ainsi que le dit notre texte.

[[Il en est de même de l'hypothèque légale qu'a la femme mariée sous le régime dotal pour la reprise de ses créances paraphernales, dont le montant a été touché par le mari; car l'action tendant à cette répétition, n'est, strictement parlant, que l'action pour le remploi de ses propres aliénés.

La cour d'appel d'Aix l'avait ainsi jugé contre la dame Dellon, par un arrêt que la cour de cassation a maintenu le 4 janvier 1815, « Attendu qu'aux termes de l'art. 2135, les » femmes n'ont hypothèque légale sur les » biens du mari, à partir du mariage, indé» pendamment de toute Inscription, que pour » raison de leurs dots et conventions matri» moniales; qu'elles n'ont hypothèque pour » l'indemnité des dettes contractées avec leurs » maris et pour le remploi de leurs propres » aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation » ou de la vente; que, dans l'espèce, il n'y a » pas eu de conventions matrimoniales; qu'il » s'agit, d'après l'énoncé de l'arrêt de la cour » d'appel d'Aix, d'une créance provenant de » recouvremens appartenant à la femme et » faits par le mari, et que l'arrêt, en jugeant » que la femme devait, au cas dont il s'agit, » être colloquée seulement à la date y spéci» fiée, n'a violé ni faussement appliqué les » dispositions de l'art. 2121, et celles no. 2 de » l'art. 2135 du Code civil (1) ».]]

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, page 200.

XII[i]. Le paragraphe qui termine l'art. 2135, contient une disposition transitoire bien remarquable. La loi ne disposant que pour l'avenir, d'après les règles consignées en tête du Code civil, on aurait pu penser que les avantages de l'hypothèque légale, tels qu'ils sont déterminés par l'art. 2135, n'appartiendraient qu'aux femmes qui contracteraient leur mariage postérieurement à la publication du titre *des priviléges et hypothèques*. Cependant le dernier paragraphe du même article suppose évidemment que toutes les dispositions qu'il contient, s'appliquent même aux femmes qui étaient déjà mariées au moment de l'émission de la loi. *Dans aucun cas*, dit ce paragraphe, *la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du présent titre*. Il est évident que le législateur désigne les femmes qui sont actuellement mariées au moment où il parle; qu'il rend communes à ces femmes, les dispositions contenues dans son article; qu'il y met néanmoins cette restriction, que les droits accordés aux femmes mariées, ne pourront préjudicier aux droits qui se trouveront acquis à des tiers, lors de la publication du titre contenant ces mêmes dispositions.

Le législateur est fidèle à la règle à laquelle il s'est soumis lui-même. La loi ne dispose que pour l'avenir : en conséquence, les femmes déjà mariées, ainsi que celles à marier, ne jouiront des avantages nouveaux qu'elle leur accorde, qu'à partir de sa publication. La loi n'a pas d'effet rétroactif. Cette borne est respectée, attendu que les droits accordés aux femmes actuellement mariées, ne pourront préjudicier aux droits acquis à des tiers avant la publication du titre.

Les droits, au surplus, dont on parle ici, ne sont que les droits hypothécaires. Si des hypothèques sur les biens du mari se trouvent déjà acquises à des tiers, au moment de la publication du titre *des priviléges et hypothèques*, et si, d'après les lois alors existantes, ces hypothèques appartenant à des tiers, doivent primer celles des femmes actuellement mariées, elles continueront de les primer encore après la publication du titre *des hypothèques* : mais, s'il n'existe au moment de la publication de la nouvelle loi, aucune hypothèque appartenant à des tiers, la femme, quoique déjà mariée, jouira d'une hypothèque légale pour toutes les créances qu'elle pourra avoir sur son mari; et cette hypothèque remontera, soit au jour du contrat de mariage, soit aux autres époques désignées dans l'art. 2135, selon les natures des diverses créances. Qui est-ce qui pourrait se plaindre de cette faveur accordée aux femmes déjà mariées? Ce ne seront pas les créanciers hypothécaires antérieurs, puisque l'on suppose qu'il n'en existe pas : ce ne sera pas le mari; il est obligé de payer ses dettes aux dépens de tous ses biens : l'hypothèque nouvelle peut fortifier le droit de la femme créancière, mais elle n'aggrave pas la condition du mari débiteur. Ce ne seront pas les créanciers postérieurs à la publication de la loi : ils sont avertis, par cette même loi, que la femme actuellement mariée, a une hypothèque légale, et que cette hypothèque existe, indépendamment de toute Inscription; c'est donc à eux à prendre leurs mesures de précaution.

Cette faveur envers les femmes déjà mariées lors de la publication du titre *des Priviléges et hypothèques*, ne nuira donc à personne; et elle n'en sera pas moins avantageuse à ces femmes. Il est facile d'apercevoir que, sous la législation qui précédait immédiatement celle du Code civil, toutes les créances des femmes sur leurs maris, ne jouissaient pas de l'avantage de l'hypothèque légale que leur accorde ce dernier Code; l'hypothèque légale des femmes, dans le cas même où elle leur était acquise, demeurait soumise à l'Inscription, et ne prenait rang que du jour de cette Inscription. Lorsque les femmes mariées à l'époque de la publication du Code civil, ne se trouveront primées par aucune hypothèque alors inscrite et appartenant à des tiers, leurs hypothèques légales prendront toute la consistance que leur donne le Code civil; elles embrasseront tous les biens présens et à venir du mari; elles existeront indépendamment de toute Inscription, et se placeront dans le rang que le Code leur assigne; elles s'étendront à toutes les créances qui doivent en jouir d'après le même Code.

[[La cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt du 6 novembre 1809, qui est rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Remploi*, §. 6.

Et depuis, elle l'a encore jugé de même pour l'hypothèque légale des mineurs.

Le 6 juillet 1806, meurt à Audenarde le sieur Desmet, débiteur de l'hospice du lieu, pour reliquat de la gestion qu'il avait eue de ses biens; et de ses enfans, pour reliquat de son compte de tutelle.

Le 20 octobre suivant, les administrateurs de l'hospice prennent Inscription sur les biens du défunt.

Le 22 novembre de la même année, les enfans du défunt remplissent les mêmes formalités.

Après la vente des biens, question de savoir à qui des enfans ou de l'hospice doit être donnée la préférence dans le procès-verbal d'ordre.

L'hospice soutient que son Inscription, étant antérieure à celle des enfans, il doit les primer.

Les enfans répondent qu'ils ont acquis l'hypothèque sans Inscription, dès le moment où l'art. 2135 du Code civil a été publié dans le département de la Lys, où, au surplus, l'ancienne législation ne donnait point d'hypothèque aux mineurs sur les biens des tuteurs.

Le 10 mai 1809, arrêt de la cour de Bruxelles, qui, en maintenant le jugement du tribunal civil d'Audenarde, ordonne que les enfans seront colloqués avant l'hospice.

Les administrateurs de l'hospice se pourvoient en cassation : mais par arrêt du 12 mars 1811, au rapport de M. Zangiacomi,

« Attendu que l'arrêt attaqué est suffisamment justifié par la disposition de l'art. 2135 du Code civil, qui accorde aux mineurs une hypothèque légale et tacite sur tous les biens de leurs tuteurs, sans le secours d'aucune Inscription;

» La cour rejette le pourvoi.... »

XII². Aurait-on dû juger de même, dans la première espèce, si, à l'époque de la promulgation de l'art. 2135 du Code civil, la femme eût été veuve ou divorcée; et dans la seconde, si, à la même époque, le mineur fût parvenu à sa majorité? Cette question s'est présentée dans les circonstances suivantes :

Le 13 février 1762, contrat de mariage entre le sieur Manessier de Salincourt, et la demoiselle Tillette de Merival. L'épouse apporte en dot au mari une somme de 60,000 francs.

En 1794, le sieur Manessier est inscrit sur la liste des émigrés, et ses biens sont séquestrés au profit de l'état.

Par suite de cet événement, et la même année, la dame Tillette fait prononcer son divorce.

Le 4 nivôse an 12, elle prend sur les biens encore séquestrés, de son mari amnistié depuis deux ans, une Inscription hypothécaire pour le recouvrement de sa dot et des intérêts qui lui en sont dûs; mais elle n'exprime pas, dans cette Inscription, l'époque de l'exigibilité de sa créance.

Le 11 pluviôse an 13, le sieur Manessier de Selincourt obtient la main-levée du séquestre de ses biens.

La dame Tillette meurt quelque temps après, sans avoir fait liquider ni recouvré ses reprises matrimoniales.

Cependant les biens du sieur Manessier de Selincourt sont vendus, les uns volontairement, les autres par expropriation forcée; et un procès-verbal d'ordre est ouvert pour en distribuer le prix.

Les enfans et héritiers de la dame Tillette prétendent primer tous les créanciers, soit en vertu de l'Inscription prise par leur mère, le 4 nivôse an 12, soit en vertu de l'hypothèque légale que lui a conférée son contrat de mariage, et que l'art. 2135 du Code civil lui a conservée sans Inscription.

Les autres créanciers, au nombre desquels figurent notamment les sieur et dame Blin de Bourdon, répondent que l'Inscription de leur mère est nulle, parceque l'époque de l'exigibilité de ses créances n'y est pas indiquée; que son hypothèque légale n'a été maintenue par la loi du 11 brumaire an 7, qu'à la charge de la faire inscrire dans un délai que la loi du 16 ventôse an 9 a prorogé jusqu'à trois mois après la main-levée du séquestre des biens; que la dame Tillette a laissé écouler ce délai sans prendre Inscription; que l'art. 2135 du Code civil ne s'applique qu'aux femmes qui étaient mariées au moment où il est devenu exécutoire.

Les sieur et dame Blin de Bourdon ajoutent qu'ils ont pris, le 15 germinal an 7, sur les biens du sieur Manessier de Selincourt une Inscription hypothécaire qu'ils ont renouvelée le 28 février 1809; que cette Inscription leur a assuré le droit de primer la dame Tillette; et que, quand même, par l'effet de l'art. 2135 du Code civil, la dame Tillette serait redevenue, sans Inscription, créancière hypothécaire de son ci-devant mari à la date de son contrat de mariage, ils n'en auraient pas moins conservé le droit de la primer, l'art. 2135 du Code civil lui-même déclarant, en toutes lettres, que sa *disposition ne pourra préjudicier aux droits acquis à des tiers avant sa publication.*

Le 24 août 1810,

« Considérant que, sous le régime de la loi du 11 brumaire an 7, l'hypothèque existe, mais à la charge de l'Inscription; que nul créancier n'a pas pu s'y soustraire, pas même les époux mineurs; qu'il s'ensuit que la dame Tillette, divorcée ou non, a dû obéir à la loi, et prendre Inscription hypothécaire; que l'art. 7 de cette même loi a ordonné que les bordereaux d'Inscription énonceraient notamment l'époque d'exigibilité de la créance; que dans le fait, l'Inscription hypothécaire de la dame Tillette, du 4 nivôse an 12, n'énonce pas

l'époque d'exigibilité; que cette omission peut être considérée comme substantielle; qu'elle n'a point été réparée par acte subséquent, selon la loi du 4 septembre 1807; qu'elle peut conséquemment, et à juste titre, être réputée *irrégulière et frappée de nullité par cette même loi;*

» Que, sous le régime du Code civil, les femmes peuvent invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale attribuée par la loi à leur contrat de mariage; que l'art. 2135 dit formellement *que l'hypothèque existe indépendamment de toute Inscription, au profit des femmes pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leurs maris, à compter du jour du mariage.*

» Que, dans le fait, le divorce reproché à la dame Tillette, comme un acte dissolutif du mariage, ne peut être un obstacle à la liquidation de ses droits; que vis-à-vis des tiers créanciers de son mari, elle peut faire valoir le bénéfice de l'hypothèque légale attribuée à son contrat de mariage; que cette hypothèque existe pour toutes les femmes, tant qu'elle n'est pas éteinte par la restitution des deniers dotaux; que les héritiers de la dame Tillette sont pareillement fondés à réclamer le bénéfice de l'hypothèque légale;

» Le tribunal (de première instance d'Abbeville), sans s'arrêter ni avoir égard à l'Inscription prise par la dame Tillette, divorcée, le 4 nivôse an 12, laquelle est irrégulière..., dit qu'à l'appui de l'hypothèque légale attribuée par la loi au contrat de mariage de la dame Tillette, leur mère, quoique divorcée, les enfans et héritiers de ladite dame Tillette resteront colloqués (par préférence à tous autres créanciers), sur le procès-verbal d'ordre, pour la somme de 60,000 francs.... ».

Les créanciers appellent de ce jugement à la cour d'Amiens.

Le 12 décembre 1810, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu que la mère des intimés avait sur Manessier de Selincourt, son mari, émigré, une hypothèque légale, résultante de son contrat de mariage du 17 février 1762, laquelle primait toutes celles des appelans; et que, d'après les lois relatives aux émigrés, elle devait obtenir du gouvernement le paiement intégral de ses créances avant tous autres créanciers hypothécaires de son mari, sans être astreinte à former aucune opposition et prendre Inscription hypothécaire; que, dans la législation nouvelle sur les hypothèques, et dans le cas présumable où ledit Manessier pouvait être un jour rayé de la liste des émigrés, l'hypothèque de sa femme a été conservée intacte par la loi du 11 brumaire an 7, notamment par les délais accordés par les art. 37 et 47 de cette loi, prorogés par celles des 16 pluviôse, 17 germinal même année, et par celle du 16 ventôse an 9;

» Que, d'après ces lois, la mère des intimés ou eux-mêmes étaient devenus assujétis à prendre Inscription, pour conserver le rang de son hypothèque, dans les trois mois qui ont suivi le 11 pluviôse an 13, date de l'arrêté qui a renvoyé Manessier en possession de ses biens non vendus; mais que le Code civil, en vigueur à cette époque, avait fait revivre cette hypothèque légale, indépendamment de toute Inscription;

» Que, dans l'état actuel des choses, il devient peu important d'examiner la validité ou l'invalidité de l'Inscription prise par les appelans sur ledit Manessier avant le 11 pluviôse an 13, 1°. parceque la plus grande faveur qu'on pourrait leur accorder, serait de leur donner autant d'effet qu'à celles prises dans les trois mois, à partir dudit jour 11 pluviôse an 13; 2°. parceque le Code civil, faisant revivre, indépendamment de toute Inscription, l'hypothèque légale de la mère des intimés, aucune autre hypothèque, même inscrite dans le susdit délai de trois mois, n'aurait pu la primer;

» Que la loi du 11 brumaire an 7, et autres y relatives, loin d'avoir altéré l'essence de cette hypothèque, l'ont conservée dans tous ses attributs, au moins jusqu'à la publication du titre 18 du 3e. livre du Code civil; que ce titre, relatif aux hypothèques, ne contient aucune disposition qui fasse dégénérer une hypothèque originairement légale; et qu'au contraire, l'art. 2135 la fait exister indépendamment de toute Inscription, sous la seule exception des droits acquis à des tiers avant la publication dudit titre; exception qui, dans l'espèce actuelle, et d'après l'état du débiteur et la loi du 16 ventôse an 9, n'a jamais pu avoir lieu;

» Que les appelans ne sont pas fondés à prétendre que cette partie du Code n'est point applicable à la mère des intimés, sous le prétexte que son divorce ayant été prononcé le 13 pluviôse an 2, elle n'aurait plus été femme mariée lors de la publication du Code; que cette femme, nonobstant son divorce, n'avait pas moins, à cette époque, à exercer une hypothèque légale, jusqu'alors conservée intacte, et qui a été ainsi reçue et embrassée par le Code, qui n'en prononce l'extinction que dans les cas relatés en son art. 2180,

dont aucuns n'ont encore eu lieu vis-à-vis des intimés;

» Que les appelans sont d'autant moins fondés à limiter la teneur de l'art. 2135 aux seules femmes actuellement mariées, soit lors du Code, soit lors de la discussion des biens de leurs maris, que d'une part, le Code n'a aucune disposition explicite et distinctive de cette nature; et, d'autre part, qu'au lieu d'avoir prescrit, comme il eût fallu dans ce système, un délai dans lequel les femmes devenues veuves ou divorcées seraient tenues de prendre Inscription pour conserver le rang dû à leur hypothèque, l'art. 2194, et l'avis du conseil d'état du 1er. juin 1807, ont établi diverses formalités à remplir, de la part des acquéreurs vis-à-vis des femmes, ou de *ceux qui les représentent*, pour purger l'hypothèque légale;

» Que s'il pouvait rester du doute à cet égard, il doit être absolument levé par la lecture seule de cet avis du conseil d'état, dans lequel on lit ces mots: *lorsque la femme ou ceux qui la représentent;* le législateur, véritable interprète de son ouvrage, a lui-même reconnu et déclaré que l'hypothèque légale existe encore, indépendamment de toute Inscription, après la dissolution du mariage, puisqu'elle passe même aux représentans de la femme, eux qui pourraient, bien plus qu'elle, être assujétis à prendre Inscription dans le délai le plus rapproché de l'époque de cette dissolution ».

Les créanciers se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« L'arrêt que vous dénoncent les demandeurs (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 7 avril 1813), a-t-il, par une fausse application de l'art. 2135 du Code civil, violé l'art. 2134 du même Code? A-t-il violé spécialement, au préjudice des sieur et dame Blin de Bourdon, la disposition qui termine l'art. 2135? Telles sont les questions que cette affaire présente à votre examen.

» La première nous paraît trouver sa solution dans un principe très-simple : c'est que toute règle générale est essentiellement applicable aux cas qui ne sont pas formellement compris dans l'exception qui la modifie; et que jamais une exception qui modifie une règle générale ne peut être étendue au delà des termes dans lesquels la loi elle-même l'a renfermée.

» Ici, la règle générale est écrite dans l'art. 2134 du Code civil. Suivant cet article, *l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a rang que du jour de l'Inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrite par la loi;* et d'après cette règle, il est certain que l'hypothèque acquise à la dame Tillette par son contrat de mariage, n'ayant pas été inscrite, ou, ce qui est la même chose, ne l'ayant pas été régulièrement, n'a pas pu faire colloquer les héritiers de la dame Tillette avant les autres créanciers du sieur Manessier de Selincourt.

» Les héritiers de la dame Tillette ne peuvent donc justifier l'arrêt qui les colloque avant les autres créanciers, qu'en prouvant que la créance de leur mère est, par une disposition expresse de la loi, exceptée de la règle générale établie par l'art. 2134.

» Mais l'art. 2134 déclare lui-même que la règle générale qu'il établit, n'est limitée que par les exceptions écrites dans l'art. 2135 : *sauf*, dit-il, *les exceptions portées en l'article suivant.*

» Et l'art. 2135, quelles exceptions nous offre-t-il? deux seulement : *l'hypothèque existe, indépendamment de toute Inscription, 1°. au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenans à leur tuteur, à raison de sa gestion, du jour de l'acceptation de la tutelle; 2°. au profit des femmes, pour raison de leurs dots et conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari, et à compter du jour du mariage.*

» Mais de ces deux exceptions, la première est absolument étrangère à notre espèce.

» Et la seconde, de quelle utilité peut-elle être aux héritiers de la dame Tillette?

» La dame Tillette était-elle encore *mariée* à l'époque de la publication du texte qui contient cette exception? Avait-elle encore, à cette époque, un *mari* sur les immeubles duquel une hypothèque pût s'asseoir à son profit de plein droit et sans Inscription hypothécaire?

» Non : elle était divorcée depuis le 13 pluviôse an 2. Par son divorce, elle avait cessé d'être l'épouse du sieur Manessier de Selincourt; le sieur Manessier de Selincourt avait cessé d'être son mari; ils étaient devenus étrangers l'un à l'autre.

» Dès lors, à quel titre la dame Tillette aurait-elle pu, au moment où a été promulgué l'art. 2135 du Code civil, prendre, sans Inscription, son rang d'hypothèque sur les biens du sieur Manessier de Selincourt? Elle n'aurait dû le prendre qu'en qualité de *femme* de son débiteur; et elle ne l'était plus. L'art. 2135 du Code civil l'a donc laissée sous l'empire de la règle générale. Ce n'est

donc pas d'après l'art. 2135, mais d'après l'art. 2134 qu'elle a dû être jugée.

» Sans doute, la dame Tillette, en cessant d'être l'épouse du sieur Manessier de Sélincourt, n'a pas perdu l'hypothèque légale que lui avait assurée son contrat de mariage.

» Mais la loi du 11 brumaire an 7, qui est venue ensuite, a pu lui dire, et elle lui a dit en effet : vous ne conserverez votre hypothèque légale, à son rang primitif, qu'en la faisant inscrire dans tel délai.

» Ce délai qui devait expirer avec les trois mois qui ont suivi la publication de la loi du 11 brumaire an 7, a été prorogé par des lois subséquentes; et celle du 16 ventôse an 9 l'a définitivement fixé aux trois mois qui ont suivi la main-levée du séquestre apposé sur les biens du sieur Manessier de Selincourt, en sorte qu'il a expiré le 15 floréal an 13.

» Ainsi, à compter du 15 floréal an 13, la dame Tillette s'est trouvée déchue du rang primitif de son hypothèque légale; et elle n'aurait pu en acquérir un nouveau que par une Inscription qu'elle eût prise ensuite.

» Il est vrai que, même avant le 15 floréal an 13, et dès le 8 germinal an 12, avait été promulgué l'art. 2135 du Code civil, qui attribue aux femmes une hypothèque légale, sans Inscription, sur les biens de leurs maris.

» Mais cet article a-t-il pu agir sur l'hypothèque légale que la dame Tillette avait conservée après son divorce? a-t-il pu dispenser cette hypothèque de la nécessité d'une Inscription?

» L'affirmative ne serait pas douteuse, si l'hypothèque légale que la dame Tillette avait conservée après son divorce, était parfaitement identique avec l'hypothèque légale qui résulte de l'art. 2135 du Code civil.

» Mais il y a, entre l'une et l'autre, une grande différence.

» L'hypothèque légale que la dame Tillette avait conservée après son divorce, avait bien son principe dans un mariage; mais elle n'existait plus au profit d'une femme mariée; elle n'existait plus qu'au profit d'une femme libre.

» Et au contraire, l'hypothèque légale qui résulte de l'art. 2135 du Code civil, ce n'est qu'au profit des femmes mariées que cet article l'a introduite.

» Qu'a-t-il fait en l'introduisant? Il a établi un droit nouveau. Il n'a donc pu rétroagir. Il n'a donc pas pu recevoir son application à une hypothèque qui, à l'époque de sa promulgation, n'avait plus, et ne pouvait plus avoir pour objet d'assurer le recouvrement de la dot d'une femme actuellement mariée.

» Que les femmes mariées avant la promulgation de l'art. 2135, et qui l'étaient encore à l'époque de sa promulgation, aient acquis, par cet article, une hypothèque légale, même dans les pays de nantissement où jamais elles n'avaient joui de cet avantage, et qu'elles l'aient acquise sans le secours d'aucune Inscription, c'est ce qu'on ne saurait contester; et c'est ce que la cour a jugé, sur nos conclusions, le 6 novembre 1809.

» Mais ce n'est point là une rétroactivité : c'est tout simplement l'application d'une loi nouvelle à l'état où se trouvent les choses au moment où elle devient exécutoire; et cela est si vrai, qu'aux termes mêmes de l'art. 2135, les femmes mariées avant la promulgation de cet article, ne peuvent pas se prévaloir de l'hypothèque légale qu'il leur confère, contre ceux qui, avant cette époque, ont acquis des hypothèques sur les biens de leurs maris

» Que l'hypothèque légale conférée par l'art. 2136, à la femme qui était mariée au moment de la promulgation de cet article, ou qui l'a été depuis, *se transmette* à ses héritiers, à *ses cessionnaires*, à tous ses représentans, et que ceux-ci la conservent indéfiniment sans inscription, c'est ce qu'on ne saurait encore contester; et c'est ce que décident textuellement les avis du conseil d'état des 9 mai 1807 et 5 mai 1812.

» Mais que conclure de là en faveur des héritiers de la dame Tillette? Sans contredit, si la dame Tillette avait acquis, par l'art. 2135, une hypothèque légale sans Inscription, ses héritiers pourraient aujourd'hui la faire valoir, comme elle l'eût pu elle-même de son vivant : les avis cités ne permettraient là-dessus aucune espèce de doute. Mais l'art. 2135 avait-il conféré à la dame Tillette une hypothèque légale sans inscription? Voilà ce que ne décident nullement les deux avis. Voilà ce qui est en question. L'argument que les héritiers de la dame Tillette prétendent tirer des deux avis, n'est donc qu'une pétition de principe.

» Mais au moins, disent les héritiers de la dame Tillette, il résulte des deux avis, que le privilége de l'hypothèque légale sans Inscription est accordé à la chose indépendamment de la personne; car s'il n'avait pour motif que la faveur du mariage, il s'éteindrait avec lui; il ne lui survivrait pas.

» Pure équivoque. L'art. 2135 investit la dot d'une hypothèque légale sans inscription; mais il ne l'en. investit qu'en faveur de la femme mariée. Que la femme mariée la transmette à ses héritiers, à ses cessionnaires, à

tous ceux qui la représentent, il le faut bien: une fois établie en faveur de la femme mariée, cette hypothèque légale ne peut pas s'éteindre d'elle-même; il faut par conséquent qu'elle soit transmissible; il faut par conséquent qu'elle survive au mariage.

» Est-ce à dire pour cela que l'art. 2135 a étendu l'hypothèque légale qu'il a établie, jusqu'aux femmes qui n'étaient plus mariées à l'époque de sa promulgation? Non certes, il ne l'a pas dit, et nous ne pouvons pas suppléer à son silence.

» La cour d'Amiens a donc fait, par l'arrêt attaqué, une fausse application de l'art. 2135; elle a donc violé l'art. 2134; l'arrêt attaqué doit donc être cassé au profit de tous les demandeurs.

» Il devient, d'après cela, fort inutile d'examiner notre seconde question; car elle rentre évidemment dans la première.

» En effet, s'il était vrai, comme le prétendent les héritiers de la dame Tillette, que l'art. 2135 fût applicable à l'hypothèque légale que leur mère avait acquise par son contrat de mariage; s'il était vrai que l'art. 2135, en conservant cette hypothèque à la dame Tillette, l'eût affranchie de la nécessité d'une inscription pour en maintenir le rang primitif, la dame Tillette se serait certainement trouvée, par l'effet de cet article, combiné avec la loi du 16 ventôse an 9, au même point que si, dans les trois mois de la levée du séquestre des biens de son mari, elle eût fait inscrire cette hypothèque.

» Or, si, dans les trois mois de la levée du séquestre, elle avait fait inscrire son hypothèque, elle aurait certainement, par la puissance de la loi du 16 ventôse an 9, replacé son hypothèque à la date de son contrat de mariage; elle l'aurait par conséquent replacée à une date antérieure à l'inscription des sieur et dame Blin.

» Et il est évident que, dans cette supposition, les sieur et dame Blin ne pourraient pas invoquer le §. dernier de l'art. 2135; car, dans cette supposition, les sieur et dame Blin n'auraient acquis par leur inscription du 15 germinal an 7, qu'un droit subordonné à l'exercice que la dame Tillette eût pu faire, par la suite, de la faculté que les lois subséquentes lui auraient accordée de faire inscrire son hypothèque à son premier rang; il est évident que, dans cette supposition, la dame Tillette eût replacé son hypothèque à son premier rang, en la faisant inscrire dans les trois mois de la levée du séquestre de son mari; il est évident que, dans cette supposition, l'art. 2135 aurait équipollé, pour la dame Tillette, à une inscription qu'elle eût prise avant le 15 floréal an 13; il est évident, en un mot, que, dans cette supposition, les sieur et dame Blin ne pourraient pas primer la dame Tillette.

» Ce n'est donc pas entre les héritiers de la dame Tillette et les sieur et dame Blin que doit être agitée la question de savoir si l'inscription prise par les sieur et dame Blin, le 15 germinal an 7, est valable ou non. Cette question ne peut être agitée compétemment qu'entre les sieur et dame Blin et les autres créanciers.

» Mais du reste, il est bien démontré que l'arrêt attaqué viole, au préjudice des sieur et dame Blin, comme au préjudice des autres demandeurs, l'art. 2134 du Code civil; et nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de le casser et annuler ».

Par arrêt du 7 avril 1813, au rapport de M. Minier,

« Vu les art. 2121, 2134 et 2155 du Code civil,

» Considérant qu'il résulte de la combinaison de ces articles que le Code civil, qui ne peut avoir d'effet rétroactif, ne donne une hypothèque légale qu'aux femmes encore mariées à l'époque de sa publication;

» Que l'art. 2134 établit, comme règle générale, soumise aux seules exceptions portées par l'art. 2135 subséquent, que l'hypothèque n'a rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi;

» Considérant que si la dame Man ssier de Selincourt avait, aux termes de l'ancienne législation, une hypothèque remontant à son contrat de mariage, elle n'aurait pu en conserver l'effet après son divorce, qu'autant qu'elle se serait conformée à ce qui était prescrit par les lois sous l'empire desquelles elle vivait alors, et qu'elle se serait valablement fait inscrire au bureau des hypothèques de la situation des biens de son mari, soit lorsque la loi du 11 brumaire an 7 l'y assujétissait, soit à l'époque de la promulgation des lois des 16 pluviôse et 17 germinal de la même année, soit enfin aux termes de la loi du 16 ventôse an 9, dans les trois mois de la levée du séquestre apposé sur les biens de son mari (levée qui n'a eu lieu que le 11 pluviôse an 13);

» Considérant que la dame Manessier, divorcée le 13 pluviôse an 2, avait bien pris une inscription en l'an 12; mais que cette inscription a été déclarée nulle pour n'avoir pas été faite régulièrement et conformément à ce qui était prescrit par les lois alors exis-

tantes, et qu'elle est décédée sans avoir réparé ce vice;

» Considérant que ses héritiers bénéficiaires ne se sont pas mis eux-mêmes en mesure de le réparer; que cependant il existait des inscriptions régulières prises par divers créanciers, et notamment par les sieur et dame Blin de Bourdon, demandeurs, par l'effet desquelles inscriptions, ils avaient des droits acquis et dans la possession desquels ils étaient maintenus par l'art. 2135 du Code civil;

» Considérant qu'ils n'ont pu être privés de ces droits, que par la fausse application qui a été faite par la Cour d'Amiens des articles du Code ci-dessus cités, et par la violation la plus évidente de ces mêmes articles;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle...».

Par la même raison, les héritiers d'une femme morte avant le Code civil, ne peuvent pas prétendre, en vertu de l'art. 2135 de ce Code, une hypothèque sans inscription pour le recouvrement de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

M. Lambert, contrôleur-général des finances, est mort, en 1794, inscrit sur la liste des émigrés. De trois enfans qu'il laissait, savoir, Paul-Augustin-Joseph, Claude-Guillaume et Lambert Milly, le dernier était inscrit sur la même liste.

Le 30 juin 1806, Paul-Augustin-Joseph et Claude-Guillaume-Lambert prennent, contre la succession de leur père, mort en 1794, une inscription hypothécaire pour sûreté des créances et reprises matrimoniales de leur mère, morte vingt ans avant la promulgation du Code civil; mais ils n'indiquent pas, dans cette inscription, l'époque de l'exigibilité des créances qu'ils réclament.

Les sieur et demoiselle Goudoin, inscrits postérieurement, soutiennent que cette Inscription est nulle, parceque les sieurs Lambert ne l'ont pas rectifiée dans le délai qui leur avait été accordé à cet effet par la loi du 3 septembre 1807.

Ceux-ci répondent que leur Inscription était surabondante, parceque leur mère avait une hypothèque légale dont le bénéfice a passé à ses héritiers.

Le 23 avril 1811, jugement du tribunal de première instance de Cosne, qui déclare cette inscription nulle, parcequ'elle ne contient pas la mention de l'époque de l'exigibilité des créances, et décide que le bénéfice de l'hypothèque légale accordée aux femmes, ne peut pas être étendu à leurs héritiers.

Les sieurs Lambert appellent de ce jugement.

Le 6 juin 1812, arrêt de la Cour de Bourges, qui,

« Attendu que les frères Lambert n'ont pas eu besoin d'Inscription pour conserver leurs droits, parcequ'aux termes de l'art. 2135 du Code civil, leur mère avait eu sur les biens de son mari une hypothèque légale, et que le bénéfice de cette hypothèque légale a passé à ses héritiers, ainsi que cela résulte des avis du Conseil d'état, des 1er. juin 1807 et 8 mai 1812;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant, émendant, ordonne que les sieurs Lambert seront colloqués avant les sieur et demoiselle Goudoin ».

Les sieur et demoiselle Goudoin se pourvoient en cassation; et par arrêt des 9 novembre 1813, au rapport de M. Ruperou,

« Vu les art. 2121, 2134 et 2135, no. 2, du Code civil;

» Attendu qu'il résulte de la lettre et de l'esprit des articles précités, que l'hypothèque n'existe, indépendamment de toute Inscription, au profit des femmes, sur les biens de leurs maris, qu'autant qu'elles étaient encore dans les liens du mariage au moment de la promulgation du Code civil; qu'en effet, si le législateur a considéré que ces femmes, n'ayant pas l'exercice de leurs droits, méritaient une exception spéciale, lorsqu'il s'agissait de la sûreté et de la conservation de leurs propres intérêts, contre ceux-là même dans la dépendance desquelles le mariage subsistant les détenait, il a considéré, en même temps, que cette cause cessant, l'exception qui en était l'effet devait cesser avec elle; et qu'ainsi la femme, devenue libre et maîtresse de ses droits, antérieurement à la promulgation du Code civil, devait (et par la même raison ses représentans) prendre Inscription, conformément à la loi alors existante, pour sûreté et paiement de ses reprises et créances sur les biens de son mari;

» Que les nouvelles lois hypothécaires, antérieures à ce Code, assujétissant les femmes à prendre inscription sur les biens de leurs maris, celles qui sont décédées avant sa promulgation n'ont pu transmettre à leurs héritiers la dispense de cette formalité, puisqu'elles n'en ont pas joui elles-mêmes;

» Que les avis du conseil d'état, des 9 mai 1807 et 8 mai 1812, en mentionnant *les représentans* des femmes, n'ont évidemment

entendu parler que des femmes qui, ayant vécu sous l'empire du Code civil, sont mortes investies du bénéfice de l'hypothèque légale, que par cela même elles ont transmis à leurs héritiers;

» D'où il suit qu'en décidant que les frères Lambert avaient, sans le secours d'aucune Inscription, une hypothèque légale sur les biens de leur père, pour le paiement de la dot, et l'exécution des autres conventions matrimoniales de leur mère, *décédée vingt ans avant la promulgation du Code civil*, la Cour de Bourges a faussement appliqué et violé les articles de loi sus-référés;

» La Cour casse et annulle..... ».

V. ci-après, §. 5, nº. 15 *bis*.]]

XIII. Le Code de commerce modifie d'une manière très-remarquable les dispositions que l'on vient de parcourir.

Nous allons d'abord transcrire les articles de ce Code qui traitent des droits des femmes, et nous ferons remarquer ensuite les changemens qu'ils apportent aux dispositions du Code civil en matière d'hypothèques légales.

« Art. 544. En cas de faillite, les droits et actions des femmes, lors de la publication de la présente loi, seront réglés ainsi qu'il suit:

» 545. Les femmes mariées sous le régime dotal, les femmes séparées de biens, et les femmes communes en biens, qui n'auraient point mis les immeubles apportés en communauté, reprendront en nature lesdits immeubles et ceux qui leur seront survenus pas successions et donations entre-vifs ou pour cause de mort.

» 546. Elles reprendront pareillement les immeubles acquis par elles et en leur nom, des deniers provenant desdites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition, et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique.

» 547. Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, hors le cas prévu par l'article précédent, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli, appartiennent à son mari, sont payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire.

» 548. L'action en reprise, résultant des dispositions des art. 545 et 546, ne sera exercée par la femme qu'à charge des dettes et hypothèques dont les biens seront grevés, soit que la femme s'y soit volontairement obligée, soit qu'elle y ait été judiciairement condamnée.

» 549. La femme ne pourra exercer, dans la faillite, aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage; et réciproquement les créanciers ne pourront se prévaloir, dans aucun cas, des avantages faits par la femme au mari dans le même contrat.

» 550. En cas que la femme ait payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de son mari, et elle ne pourra, en conséquence, exercer aucune action dans la faillite, sauf la preuve contraire, comme il est dit à l'art. 547.

» 551. La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, n'aura hypothèque, pour les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifiera, par actes authentiques, avoir apportés en dot, pour se remplir de ses biens aliénés pendant le mariage, et pour l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, que sur les immeubles qui appartiennent à son mari à l'époque ci-dessus.

» 552. Sera à cet égard assimilée à la femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, la femme qui aura épousé un fils de négociant, n'ayant à cette époque aucun état ou profession déterminée, et qui deviendrait lui-même négociant.

» 553. Sera exceptée des dispositions des art. 549 et 551, et jouira de tous les droits hypothécaires accordés aux femmes par le Code civil, la femme dont le mari avait, à l'époque de la célébration du mariage, une profession déterminée autre que celle de négociant; néanmoins cette exception ne sera pas applicable à la femme dont le mari ferait le commerce dans l'année qui suivrait la célébration du mariage.

» 554. Tous les meubles meublans, effets mobiliers, diamans, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, seront acquis aux créanciers, sans que la femme puisse en recevoir autre chose que les habits et linges à son usage, qui lui seront accordés d'après les dispositions de l'art. 529. Toutefois la femme pourra reprendre les bijoux, diamans et vaisselle qu'elle pourra justifier, par état légalement dressé, annexé aux actes, ou par bons et loyaux inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage, ou lui être advenus par succession seulement....

» 557. Les dispositions portées en la présente section, ne seront point applicables aux

droits et actions des femmes acquis avant la publication de la présente loi ».

En comparant ces nouvelles dispositions à celles du Code civil, il est facile d'apercevoir les changemens que les premières opèrent aux secondes.

D'abord, les dispositions nouvelles ne peuvent regarder les femmes qui étaient mariées à des commerçans lors de la publication du Code de commerce. L'art. 557 réserve aux femmes tous leurs droits et actions, sans distinguer si ces droits et actions sont ou ne sont pas actuellement ouverts. Ainsi, une femme qui se trouvait mariée lors de la publication du Code de commerce, conserve dans leur intégrité ses droits et actions, tels que le Code civil les lui avait déférés.

Les femmes des commerçans, même celles mariées postérieurement à la publication du Code de commerce, ne sont soumises aux dispositions de ce Code, qu'autant que le mari ait été commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou qu'étant fils de négociant à l'époque du mariage, il soit lui-même devenu négociant dans un temps quelconque, ou bien que, sans être négociant ni fils de négociant à l'époque du mariage, il le soit devenu dans l'année qui a suivi la célébration. (Art. 551, 552 et 553.)

Enfin, les femmes elles-mêmes qui se trouvent dans l'une des situations que nous venons de préciser, ne sont privées des avantages que leur promet le Code civil, et ne sont soumises aux règles du Code de commerce, que dans le cas seul où le mari commerçant aurait fait faillite (art. 544), et dans le cas encore où les biens du mari ne suffisent pas pour acquitter les dettes. Car, quoique les procédures de la faillite puissent être appliquées à tout négociant qui interrompt ses paiemens, cependant il n'y a de vraie faillite que celle qui résulte de l'insuffisance de l'actif pour acquitter le passif.

Après avoir ainsi bien précisé les cas où le Code de commerce peut être appliqué, nous analyserons succinctement ses principales dispositions.

Les reprises en nature déterminées par les art. 545 et 546, peuvent avoir subi quelque modification; mais comme ces reprises ne regardent que la propriété, et qu'elles sont étrangères à la matière des hypothèques, nous ne nous en occuperons pas, non plus que de la disposition de l'art. 548, qui indique les charges dont les biens repris en nature par la femme, continueront d'être grevés.

Nous garderons le même silence sur la présomption établie par l'art. 547 : nous nous contenterons d'observer que, lorsque la femme a acquis des biens pendant le mariage, sans pouvoir désigner la source où elle a puisé les deniers employés à cette acquisition, non-seulement la propriété des biens acquis appartient au mari, mais encore la femme n'a pas même sur ces biens une hypothèque légale pour les remboursemens auxquels elle a le droit de prétendre, par cela seul que ces biens n'appartenaient pas au mari à l'époque de la célébration du mariage, ainsi qu'il est dit dans l'art. 551.

Tous les avantages faits à la femme d'un négociant dans son contrat de mariage, sont perdus pour elle dès l'instant où son mari vient à faillir (art. 549). La loi ne distingue pas entre les avantages unilatéraux ou réciproques, et conséquemment ils sont tous frappés de la même suppression, à la différence que la femme mariée à tout autre citoyen, qui, lors même que son mari décéderait insolvable, recouvre les avantages qui lui ont été faits dans le contrat de mariage, au même rang que la dot qu'elle a apportée en se mariant. La seule grâce que la loi commerciale fait à la femme du négociant, dans ce cas, consiste en ce que les avantages que la femme a faits à son mari dans le même contrat, sont aussi révoqués.

Les dettes payées par la femme pour son mari, sont censées payées avec les deniers du mari, sauf la preuve contraire. Elles ne donnent conséquemment lieu à aucune répétition de la part de la femme (art. 550). Cette présomption est de la nature de celle établie par l'art. 547, au sujet des deniers employés à une acquisition; elle tend, comme celle-ci, à établir, en faveur du mari, un droit de propriété sur les deniers employés au paiement de ses dettes; elle dénie à la femme la créance elle-même, ou le droit de répétition contre son mari, et, par voie de suite, l'hypothèque qui ne peut exister sans créance.

Sous quelque régime que le mariage ait été contracté, tous les meubles meublans, effets mobiliers, diamans, tableaux, vaisselle d'or et d'argent, et autres objets, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sont censés appartenir au mari dans le cas de la faillite. La femme ne peut répéter que les habits et linges à son usage, qui lui sont accordés par les syndics de la faillite, ainsi qu'il est dit dans les art. 554 et 529. Cependant l'art. 554 ajoute que la femme pourra reprendre les bijoux, diamans et vaisselle qu'elle pourra justifier, par état légalement dressé et annexé aux actes ou par bons inventaires, lui avoir été donnés par contrat de mariage, où

lui être advenus par succession seulement.

Les droits de la femme sont encore restreints dans ce point même, par la seconde partie de l'article, puisqu'en accordant seulement à la femme la répétition des effets de ce genre, qu'elle justifie, par état ou inventaire, lui être acquis en vertu d'une donation contractuelle, ou d'un titre de succession, il lui refuse implicitement la répétition de pareils objets, qui lui seraient échus par donation faite pendant le mariage. Mais cette disposition ne concerne encore nullement les droits hypothécaires.

Le seul article qui modifie réellement l'hypothèque légale, est le 551e. : s'il s'agit, pour la femme, de répéter les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifie, par actes authentiques, avoir apportés en dot, ou le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage, ou l'indemnité des dettes par elle contractées avec son mari, elle n'a hypothèque que sur les immeubles qui appartenaient à son mari à l'époque du contrat de mariage.

La différence entre les droits de la femme du négociant failli, et ceux d'une autre femme, consiste en ce que l'hypothèque légale de celle-ci, pour les répétitions de ce genre, embrasse les biens appartenans au mari à l'époque du contrat de mariage, et ceux acquis postérieurement. Car, d'ailleurs, le rang de l'hypothèque légale de la femme du négociant failli, relativement à ces diverses créances, n'est pas plus avantageux que celui de l'hypothèque de toute autre femme exerçant des répétitions semblables. Le rang se fixe, pour les unes et les autres, d'après les règles que nous avons développées plus haut, selon ces diverses créances.

Nous pouvons aussi appliquer à la femme du failli ce que nous avons dit des autres femmes, concernant l'indemnité des dettes qu'elle aurait contractées avec son mari. Si la loi conserve à la femme du failli, pour cette indemnité, une hypothèque légale sur les immeubles que son mari possédait au jour du contrat de mariage, elle doit lui conserver nécessairement une semblable hypothèque pour la répétition des sommes qu'elle justifierait lui appartenir, et avoir été employées par elle au paiement des dettes de son mari, en fixant néanmoins le rang de cette hypothèque, au jour de l'obligation de la femme, ou du paiement effectué par elle.

[[XIII *bis*. La restriction de l'hypothèque légale de la femme d'un failli aux biens que son mari possédait à l'époque de la célébration du mariage, a-t-elle lieu à l'égard d'un particulier qui, sans être alors commerçant de profession, faisait passagèrement des actes de commerce?

Non, et la raison en est simple. L'art. 551 du Code de commerce ne porte que sur la femme dont le mari, failli pendant le mariage, *était commerçant* à l'époque où le mariage a été célébré. Or, on a vu à l'article *Faillite et Banqueroute* (sect. 2, §. 2, art. 4, n°. 1), qu'en fait de faillite, nul n'est réputé commerçant par cela seul qu'il fait passagèrement des actes de commerce, et que la qualité de commerçant n'appartient, en cette matière, qu'à celui dont le commerce est la profession habituelle.

C'est d'ailleurs ce qu'a jugé, dans l'espèce suivante, un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles.

Le 9 mai 1809, contrat de mariage entre Antoine Ooms, prenant la qualité de *commis dénégociant*, et Thérèse Fontaine, domiciliés à Anvers. Par cet acte, les apports de la femme sont fixés à une somme de 13,425 francs qui est authentiquement justifiée lui appartenir; la communauté est réduite aux acquêts; chacun des époux conserve la propriété exclusive de tous ses biens, même mobiliers, présens et futurs; et chacun d'eux reprendra, à la dissolution du mariage ou de la communauté, tout ce que se trouvera lui être propre.

Antoine Ooms avait, *avant* son mariage, acquis avec son père quatre maisons situées à Anvers, rue des Cellites; et il est devenu, *après* la célébration du mariage, par le décès de son père, héritier de la moitié de celui-ci dans ces maisons.

Dans la suite, il a embrassé la profession de commerçant, mais sans succès; il s'est même vu forcé, en 1818, de recourir au bénéfice de cession; et ses immeubles ont été vendus par ses créanciers.

Les choses en cet état, la femme Ooms réclame, en vertu de l'hypothèque légale qu'elle a, pour la restitution de ses apports, la préférence sur le prix des quatre maisons rue des Cellites.

Le sieur Cuylitz, banquier à Anvers, créancier inscrit sur ces maisons, soutient d'abord qu'elle est, quant à présent, non-recevable dans cette prétention, attendu que, suivant lui, elle ne pourra exercer la reprise de ses apports qu'à la dissolution du mariage; ensuite et subsidiairement, qu'Antoine Ooms étant *commerçant à l'époque de la célébration du mariage*, fait dont il offre la preuve en cas de dénégation, l'hypothèque légale de la femme ne peut, aux termes de l'art. 551 du Code de commerce, porter que sur les biens

qui alors appartenaient au mari; et que par conséquent elle n'affecte que la moitié du prix représentatif de la moitié des quatre maisons que le mari avait acquises avec son père, *avant* le mariage.

Jugement du tribunal d'Anvers qui, sans s'arrêter au fait articulé par le sieur Cuylitz, qu'Antoine Ooms était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ordonne que la femme sera colloquée par préférence, sur la totalité du prix.

Le sieur Cuylitz appelle de ce jugement, et l'attaque tant au chef qui déclare la créance de la femme Ooms exigible dès à présent, qu'au chef qui rejette la preuve du fait qu'il avait articulé.

Le 30 juin 1821, arrêt qui,

« Attendu que, d'après l'art. 1er. du contrat de mariage entre Antoine Ooms et Thérèse Fontaine, du 9 mai 1809, chacun des époux est déclaré propriétaire de tous ses biens meubles et immeubles, présens et futurs, sans réserve;

» Attendu que les apports de l'intimée, montant à une somme de 13,425 francs, sont légalement justifiés par acte authentique contenant l'état de biens, compte et renseing, fait le 14 mai 1811, par Marie-Elisabeth Hoyoit veuve de Pierre-Eugène Fontaine, de la succession de celui-ci (père de l'intimée, décédé en 1808), le tout à la contradiction d'Antoine Ooms;

» Que ce dernier, à défaut de remploi, est demeuré débiteur de cette somme, pour sûreté de laquelle la loi conférait à l'intimée une hypothèque légale sur les immeubles de son mari (art. 2121 et 2122);

» Attendu que l'art. 4 réduit la communauté aux acquêts; qu'il est constant dans la cause qu'il n'a pas été fait d'acquêts par les époux Ooms;

» Attendu que la stipulation, art. 5, portant que, lors de la *dissolution du mariage* ou de la communauté, chacun des époux reprendra ses biens propres, n'empêche point les effets de l'hypothèque légale, si les biens du mari sont vendus pendant le mariage, et lorsqu'il a fait abandon de ses biens à ses créanciers, comme dans l'espèce;

» Mais attendu que l'appelant avait fait offre de prouver le fait dénié, que le mari de l'intimée était *commerçant à l'époque de la célébration de leur mariage*; qu'ainsi l'hypothèque légale eût dû se restreindre aux immeubles qui lui appartenaient à l'époque ci-dessus, d'après l'art. 551 du Code de commerce; que, par suite, si l'appelant venait à à atteindre la preuve offerte, la collocation serait à rectifier quant à la moitié des quatre maisons rue des Cellites;

» Met l'appellation au néant, en ce qui concerne la collocation au profit de l'intimée sur la moitié du prix des quatre maisons rue des Cellites (la moitié de ces maisons ayant appartenu à Antoine Ooms avant et lors de son mariage avec l'intimée); met au néant le jugement dont appel, en ce qui touche la moitié desdites quatre maisons, échue par succession de son père, décédé pendant le mariage; dit qu'il y avait lieu à prononcer un interlocutoire; en conséquence, admet l'appelant à prouver, tant par titre que par témoins, qu'à l'époque du mariage de l'intimée avec Antoine Ooms, celui-ci était commerçant ».

En exécution de cet arrêt, le sieur Cuylitz a bien prouvé qu'Antoine Ooms avait fait, avant son mariage, quelques actes de commerce; mais il n'a pu atteindre la preuve que le commerce fût alors sa profession habituelle.

En conséquence, le 9 mai 1822, arrêt définitif qui,

« Attendu qu'il n'est pas établi dans la cause qu'Antoine Ooms faisait, lors de son mariage avec Thérèse-Antoinette Fontaine, sa profession habituelle de quelques actes de commerce qu'il avait exercés, en son nom personnel, avec la maison Peemans de Louvain, antérieurement à son mariage;

» Que ledit Ooms était alors *commis de négociant* de la maison Mols à Anvers, seule qualité qui lui ait été attribuée dans le contrat de mariage du 12 mai 1809; que les opérations de commerce qu'il peut avoir faites pendant le mariage, ne donnent point la preuve de sa profession habituelle dans le temps exigé par la loi; qu'ainsi, les art. 551 et suivans du Code de commerce ne sont pas applicables à l'espèce;

» Statuant par suite de l'arrêt du 30 juin 1821, déclare que l'hypothèque légale de l'intimée doit sortir effet sur la totalité des quatre maisons rue des Cellites à Anvers, ordonne en conséquence que la collocation demeure réglée et fixée sur ce pied, déclare l'appelant mal fondé dans ses conclusions contraires (1) ».]]

XIV. Nous terminons ici nos réflexions sur la nature, l'objet, et les effets de l'hypothèque légale des femmes, et sur les modi-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1822, tome 1, page 315.

fications que lui a fait subir la loi commerciale, dans le cas de la faillite d'un mari négociant.

Cependant, comme l'art. 2135 du Code civil, que nous venons d'expliquer, est suivi de dix articles qui contiennent des dispositions importantes sur les mesures tendantes à procurer l'Inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs, sur la réductibilité de ces mêmes hypothèques, et sur la forme des jugemens relatifs à des demandes en réduction, nous allons rapporter ici ces dix articles, et placer à la suite de chacun d'eux les observations dont il nous paraîtra susceptible.

« Art. 2136. Sont toutefois, les maris et les tuteurs, tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, Inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenans, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

» Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire les Inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps ».

Le développement du système du Code civil, sur les hypothèques légales, nous a obligé d'anticiper l'énonciation des dispositions de cet article et des trois suivans. Nous pourrons ainsi nous resserrer dans les explications que nous allons en donner.

Nous avons vu que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs sur les biens du mari ou du tuteur, existe indépendamment de toute Inscription; que néanmoins, la publicité de l'hypothèque étant la garantie la plus assurée de la solidité des engagemens, le législateur a pris des mesures pour que les hypothèques légales des femmes et des mineurs fussent rendues publiques par la voie de l'Inscription, même pendant le mariage. Ces mesures sont consignées dans cet article et dans les trois suivans; mais il ne faudra jamais perdre de vue que, quand la sollicitude de la loi serait trompée, quand bien même ses injonctions ou ses invitations seraient éludées, l'hypothèque légale des femmes et des mineurs n'en existerait pas moins dans toute sa force.

Cet article enjoint donc aux maris et aux tuteurs de requérir et de prendre eux-mêmes des Inscriptions sur leurs propres biens immeubles, pour manifester les hypothèques légales dont ils sont grevés. Ils doivent les prendre sans aucun délai, sur les immeubles qui leur appartiennent au moment du mariage ou de l'acceptation de la tutelle, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Ce même article prévoit le cas où les maris et les tuteurs auraient manqué d'obéir à cette injonction, et où néanmoins ils consentiraient ou laisseraient prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles : il leur prescrit, dans ce cas, de déclarer expressément que leurs immeubles sont affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, sous peine d'être réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps.

On remarque que la peine de ces deux omissions retombe toujours sur les maris et les tuteurs seulement, et que ni l'une ni l'autre de ces deux omissions ne porte aucune atteinte aux droits hypothécaires de la femme ou du mineur, ainsi que nous l'avons rappelé plus haut.

Cette peine du stellionat sera-t-elle encourue par les maris et les tuteurs qui n'auront ni pris l'Inscription ni fait la déclaration requises, toutes les fois qu'une hypothèque ou un privilége étranger auront été inscrits et superposés sur les immeubles déjà frappés de l'hypothèque légale? C'est ce que les expressions dont l'article s'est servi, donnent lieu d'examiner avec quelque détail.

L'article répute stellionataires les maris et les tuteurs qui, *ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des priviléges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs.*

La peine du stellionat est certainement prononcée contre les maris et les tuteurs dans l'intérêt du tiers qui a été trompé par le défaut de l'Inscription ou de la déclaration exigée de leur part; et cette peine du stellionat consiste en ce que le tiers trompé peut user de la contrainte par corps contre les maris ou les tuteurs, pour la répétition du dommage qu'il aura souffert.

Cela posé, on ne peut se dissimuler que les expressions de l'article ne soient un peu obscures. En effet, d'après ce que nous dirons sur la nature des priviléges, il est difficile de concevoir comment un débiteur peut *con-*

sentir ou laisser prendre des priviléges. Les priviléges sont tous établis par la loi, à cause de la faveur qu'elle accorde à la créance qui en est l'objet. Ils sont indépendans du consentement du débiteur, qui ne peut empêcher, ni par des Inscriptions, ni par des déclarations, ni par des actes quelconques, que le créancier ne fasse tout ce qui est nécessaire pour consolider son privilége et en assurer l'effet.

D'un autre côté, lorsque le privilége est légalement établi en faveur d'un créancier, il prime nécessairement toutes les hypothèques, même celles des femmes et des mineurs; et si le créancier obtient ainsi de son privilége tout ce qu'il a droit d'en attendre, il ne souffre aucun préjudice, il n'a aucune indemnité à répéter contre le mari ou le tuteur de ses débiteurs; il ne peut conséquemment exercer la contrainte par corps contre le mari et le tuteur.

Quant aux hypothèques, il est sensible que les maris et les tuteurs ne consentent pas plus les hypothèques légales que les priviléges. Un mari est revêtu d'un emploi qui lui donne le maniement des deniers publics, ou bien il recueille une hérédité en vertu d'un testament qui contient, avec son institution personnelle, le legs particulier d'une somme en faveur d'un tiers : la loi, indépendamment de la volonté de ce mari, établit, à l'instant même, une hypothèque légale en faveur du trésor public, ou en faveur du légataire particulier de la somme. On ne voit guère dans quel moment ni dans quel acte il devrait placer la déclaration de l'hypothèque légale de sa femme pour se mettre à l'abri de la peine du stellionat.

On peut en dire autant de l'hypothèque judiciaire qui vient frapper les biens présens et à venir du mari, quelquefois au moment où il s'y attendait le moins, et où il pensait qu'au lieu d'une condamnation, il obtiendrait un jugement qui lui donnât gain de cause.

On entrevoit déjà, d'après cette analyse de la nature des divers genres de privilége et d'hypothèque, que la mesure prescrite par l'art. 2136, ne peut guères s'appliquer qu'à l'hypothèque conventionnelle. Cette hypothèque, en effet, prend sa source dans une convention expresse entre le mari et la personne avec laquelle il traite : elle doit être stipulée dans un acte solennel et authentique. Si le mari débiteur n'a pas requis l'Inscription de l'hypothèque légale de sa femme, il doit, au moment même où il consent l'hypothèque conventionnelle, déclarer que l'immeuble qu'il y soumet, est déjà affecté d'une hypothèque légale en faveur de sa femme, et s'il ne fait pas cette déclaration, il est réputé, par cela même, stellionataire, et soumis à la contrainte par corps envers le créancier qu'il a induit en erreur, et qui, voulant exercer son hypothèque conventionnelle, se trouve primé par l'hypothèque légale de la femme. Il en serait de même du tuteur qui consentirait une hypothèque conventionnelle.

Mais hors ce cas, on ne voit pas comment un mari et un tuteur pourraient encourir la peine du stellionat, pour l'omission simple de l'Inscription de l'hypothèque légale de la femme et du mineur, ou pour avoir omis de faire à un créancier ayant des priviléges ou des hypothèques légales ou judiciaires, la déclaration de l'hypothèque légale établie sur leurs biens en faveur de la femme ou du mineur, lorsqu'aucune disposition directe ou indirecte de la loi, n'indique ni le lieu, ni le terme, ni la forme dans laquelle cette déclaration devrait être faite.

XV. « Art. 2137. Les subrogés-tuteurs se» ront tenus, sous leur responsabilité per» sonnelle, et sous peine de tous dommages» intérêts, de veiller à ce que les Inscriptions, » soient prises sans délai sur les biens du tu» teur, pour raison de sa gestion, même de » faire faire lesdites Inscriptions ».

L'esprit de la loi continue de se manifester dans cet article et les deux suivans. La loi a voulu que l'hypothèque légale des femmes et des mineurs existât indépendamment de toute Inscription : mais son vœu n'en est pas moins que des Inscriptions soient prises sans délai, et donnent à ces hypothèques un plus grand caractère de publicité. Elle a enjoint, en conséquence, dans l'article précédent, aux maris et aux tuteurs, de prendre sans délai des Inscriptions sur leurs propres biens : elle prescrit dans celui-ci, au subrogé-tuteur, sous sa responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que le tuteur satisfasse sans délai à ce devoir, et même de faire faire lui-même ces Inscriptions.

La responsabilité du subrogé-tuteur, en cas de négligence de sa part, est engagée, non envers le mineur dont l'hypothèque ne peut souffrir aucune atteinte par cette négligence, mais envers le tiers dont les intérêts se trouveraient compromis faute d'avoir eu connaissance, par la voie commune de l'Inscription, de l'hypothèque légale dont les biens du tuteur se trouveraient grevés.

XVI. « Art. 2138. A défaut par les maris,

» tuteurs, subrogés-tuteurs, de faire faire » les Inscriptions ordonnées par les articles » précédens, elles seront requises par le pro- » cureur impérial près le tribunal civil du » domicile des maris et tuteurs, ou du lieu » de la situation des biens ».

Cet article est conçu dans les mêmes vues. Le législateur prévoit le cas où les maris, les tuteurs et subrogés-tuteurs ne satisferont pas aux injonctions qu'il leur a faites : il prescrit au magistrat remplissant les fonctions du ministère public près le tribunal civil du domicile des maris et tuteurs, ou près le tribunal du lieu de la situation des biens, de faire faire l'Inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. Seulement il n'a pas cru devoir engager la responsabilité de ce magistrat, en cas d'omission.

XVII. « Art. 2139. Pourront les parens, » soit du mari, soit de la femme, et les pa- » rens du mineur, ou à défaut de parens, ses » amis, requérir lesdites Inscriptions : elles » pourront aussi être requises par la femme » et par les mineurs ».

Cet article épuise les derniers moyens pour amener une Inscription. Il autorise les parens de la femme ou ceux du mari à la faire. Il va plus loin, relativement au mineur : il accorde la même faculté, non-seulement aux parens, mais encore aux amis du mineur.

De ce que l'extension de cette faculté aux amis ne regarde littéralement que les amis du mineur, s'ensuit-il que l'Inscription au nom de la femme ne puisse être faite que par des personnes unies par les liens de la parenté, soit avec la femme, soit avec le mari, et non par des personnes unies par le lien de l'amitié? Le texte exclut les dernières; on ne peut donc étendre jusqu'à elles les facultés ou les invitations données par cet article.

Nous observerons que, dans le projet communiqué au tribunat, des mesures semblables devaient être proposées pour procurer l'Inscription des hypothèques des mineurs et pour celles des hypothèques des femmes; mais il parut choquant que les *amis* d'une femme fussent appelés par le législateur à concourir à la manifestation de ses droits; et ce motif seul détermina les auteurs de la loi à ne confier ces soins qu'aux seuls parens du mari ou de la femme.

XVIII. « Art. 2140. Lorsque, dans le con- » trat de mariage, les parties majeures seront » convenues qu'il ne sera pris d'Inscription » que sur un ou certains immeubles du mari, » les immeubles qui ne seraient pas indiqués » pour l'Inscription, resteront libres et af- » franchis de l'hypothèque pour la dot de la » femme et pour ses reprises et conventions » matrimoniales. Il ne pourra pas être con- » venu qu'il ne sera pris aucune Inscription ».

Le soin de la conservation des intérêts des femmes et des mineurs, avait obligé le législateur de s'écarter, en leur faveur, des règles rigoureuses de la spécialité et de la publicité. Les dispositions des articles précédens ont cherché à diminuer les inconvéniens de ce relâchement : quant à la publicité, celui-ci et le suivant tendent à ramener les hypothèques des femmes et des mineurs à la spécialité, mais sans jamais perdre de vue le but principal de la conservation des droits des femmes et des mineurs.

La loi prohibe toute convention par laquelle on renoncerait à prendre aucune Inscription pour la femme. Cette prohibition pourrait être entendue de deux manières.

On pourrait dire que la loi a voulu défendre la renonciation absolue à l'hypothèque légale dans l'intérêt des femmes.

On pourrait dire aussi que la loi prohibe seulement la renonciation à ces inscriptions supplétives qu'elle réclame de la part du mari, des agens du ministère publie, et des parens, soit du mari, soit de la femme.

La première interprétation qui est la plus large, nous paraît aussi la plus juste. La conservation des intérêts des femmes, ainsi que de ceux des mineurs, est de droit moral et public; et sous ce rapport, il ne doit pas être permis de paralyser les mesures prises par la loi elle-même. Encore moins peut-il être permis de renoncer aux Inscriptions officielles ou officieuses, puisqu'elles n'ont été prescrites que dans la vue d'un intérêt tout public, et pour procurer à ceux qui seraient dans le cas de contracter avec des maris ou des tuteurs, des moyens plus sûrs de reconnaître les hypothèques dont leurs biens se trouveraient grevés.

Lorsque la femme est mineure au moment de son contrat de mariage, son hypothèque doit jouir de toute la latitude que la loi lui confère, et nulle autorisation ne peut légitimer les restrictions permises par l'art. 2140. La femme majeure, au moment du contrat de mariage, peut seule restreindre son hypothèque à certains immeubles du mari, spécialement désignés. Alors l'hypothèque de la femme devient spéciale; elle se concentre tout entière dans les immeubles désignés, et tous les autres immeubles du mari restent libres et affranchis.

XIX. *Art.* 2141. « Il en sera de même pour » les immeubles du tuteur, lorsque les pa- » rens, en conseil de famille, auront été d'a- » vis qu'il ne soit pris d'Inscription que sur » certains immeubles »

Il en sera de même pour les immeubles du tuteur.... Il est bien clair, d'après ces termes, que si, sur l'avis du conseil de famille, l'hypothèque légale du mineur est restreinte à certains immeubles du tuteur, ces immeubles seuls seront soumis à l'hypothèque; et que les autres resteront libres et affranchis. Mais il ne l'est pas autant que l'identité s'étende jusqu'à la seconde partie de la disposition de l'article précédent, portant qu'il ne peut être convenu qu'il ne soit pris aucune Inscription : car le conseil de famille donne des avis, mais ne fait point de conventions avec le tuteur. Cependant nous ne doutons pas que l'affranchissement absolu de l'hypothèque ne soit hors du pouvoir du conseil de famille, par cela même que la loi ne lui permet autre chose que de restreindre l'hypothèque à certains immeubles.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur les démonstrations de ces vérités qui sont palpables.

XX. *Art.* 2142. « Dans le cas des deux arti- » cles précédens, le mari, le tuteur et le su- » brogé tuteur, ne seront tenus de requérir » Inscription que sur les immeubles indi- » qués ».

Le sens grammatical de cette phrase ne rend peut-être pas bien clairement celui du législateur.

En effet, de ce que le mari et le tuteur ne sont tenus de requérir Inscription que sur les immeubles indiqués; il semble qu'on pourrait induire que l'obligation rigoureuse se borne là; mais que la faculté s'étend plus loin, et que le mari, le tuteur et le subrogé tuteur pourraient requérir Inscription sur des immeubles non indiqués.

Mais ce sens ne peut être celui de la loi. Les biens autres que ceux indiqués, sont libres et affranchis de toute hypothèque : il ne peut donc y avoir aucune Inscription à faire sur ces biens. Si cette Inscription était requise par le mari ou par le tuteur en personne, il faudrait, pour lui donner une consistance, induire de l'Inscription elle-même, une renonciation aux avantages de la restriction, et une soumission spontanée au rétablissement de l'hypothèque générale; ce qui ne peut se présumer facilement. Mais du moins l'Inscription émanée du subrogé tuteur, ne saurait jamais empirer la condition du tuteur, et remettre sous le joug de l'hypothèque légale, la partie de ses biens qui aurait été légitimement affranchie.

Cet article, bien entendu, ne signifie donc autre chose sinon que l'hypothèque étant bornée aux immeubles désignés, l'obligation d'inscrire imposée aux maris, aux tuteurs et aux subrogés tuteurs, par les art. 2136 et 2137, ne subsiste plus qu'à l'égard des mêmes biens, et qu'ils ne peuvent ni ne doivent prendre une Inscription hypothécaire sur les autres biens non indiqués, qui sont déclarés libres et affranchis de toute hypothèque.

XXI. *Art.* 2143. « Lorsque l'hypothèque » n'aura pas été restreinte par l'acte de no- » mination du tuteur, celui-ci pourra, dans » le cas où l'hypothèque générale sur ses » immeubles excéderait notoirement les sû- » retés suffisantes pour sa gestion, demander » que cette hypothèque soit restreinte aux » immeubles suffisans pour opérer une pleine » garantie en faveur du mineur ».

« La demande sera formée contre le su- » brogé tuteur, et elle devra être précédée » d'un avis de famille ».

Voici une première exception apportée à la règle de l'indivisibilité des hypothèques. Nous en verrons d'autres lorsque nous nous occuperons spécialement des réductions.

La règle veut que l'hypothèque soit indivisible, c'est-à-dire, qu'elle réside tout entière dans tous les immeubles affectés, et tout entière dans chaque partie des mêmes immeubles. Il y est dérogé par cet article, puisque l'hypothèque, établie d'abord par l'autorité de la loi sur la totalité des biens présens et à venir du tuteur, est réduite ensuite à une portion quelconque des mêmes biens; mais l'exception n'en est pas moins juste. L'hypothèque, en effet, n'est qu'un cautionnement immobilier donné pour la sûreté de l'acquittement de la dette : lorsque cette sûreté se trouve bien établie sur une portion des biens du débiteur, l'extension à la totalité des biens devient inutile : elle n'aboutit qu'à gêner, en pure perte, le crédit du débiteur, et la libre disposition du surplus de ses biens. La réduction autorisée par cet article, ne blesse donc ni la justice, ni les intérêts du mineur, qui, d'après les mesures prises, doit retrouver sa créance avec la même sûreté et la même certitude que si l'hypothèque avait resté dans son état primitif.

Ces mesures sont si sagement combinées, que l'effet en est infaillible.

Il faut d'abord que la demande en réduc-

tion soit proposée contre une hypothèque générale : si l'hypothèque avait déjà été restreinte, dans le principe, à des immeubles certains et déterminés, elle ne serait plus susceptible de réduction.

Cette disposition textuelle de notre article est dans une harmonie parfaite avec un principe énoncé dans l'art. 2161, qui déclare que les réductions ne peuvent s'appliquer aux hypothèques conventionnelles. La restriction, en effet, déjà opérée dans l'acte de nomination du tuteur, a spécialisé l'hypothèque, et lui a ainsi imprimé l'un des caractères particuliers de l'hypothèque conventionnelle ; une seconde réduction ne peut donc être ni proposée, ni admise.

Il faut, en second lieu, que la valeur des biens du tuteur excède notoirement le montant de la dette dont il pourra devenir probablement passible envers le mineur.

Il faut enfin que la demande soit précédée d'un avis favorable du conseil de famille, et qu'elle soit de plus dirigée contre le subrogé tuteur qui est le légitime contradicteur du tuteur, toutes les fois que les intérêts de celui-ci se trouvent en opposition avec les intérêts du mineur.

XXII. *Art.* 2144. « Pourra pareillement le » mari, du consentement de sa femme, et » après avoir pris l'avis des quatre plus pro- » ches parens d'icelle, réunis en assemblée » de famille, demander que l'hypothèque gé- » nérale sur tous ses immeubles, pour raison » de la dot, des reprises et conventions ma- » trimoniales, soit restreinte aux immeubles » suffisans pour la conservation entière des » droits de la femme ».

Cette exception à la règle de l'indivisibilité, relative à l'hypothèque des femmes, est fondée sur les mêmes motifs que la précédente ; et la réduction s'opère à peu près dans les mêmes formes. La demande n'est pas dirigée ici contre un subrogé tuteur, parceque la loi n'a créé aucun surveillant de ce genre pour la conservation des droits de la femme ; mais l'assentiment, qui ne pouvait être demandé personnellement au mineur à cause de son incapacité, doit être donné par la femme pour légitimer la demande en réduction.

Nous dirons plus : le consentement de la femme, qui doit nécessairement accompagner la demande, ne peut être valable qu'autant qu'il émane d'une femme majeure. Il ne le serait pas, s'il était donné par une femme mineure ; et ce premier défaut serait un obstacle insurmontable au succès de la demande en réduction. L'article ne le dit pas textuellement ; mais cette décision est amenée par des conséquences parfaitement justes, tirées, soit du même article, soit de l'art. 2140.

Le consentement de la femme est nécessaire d'après notre article. Or, il n'y a pas de consentement, lorsqu'il n'émane, comme nous l'avons dit, que d'une personne incapable de le donner. Telle est la femme mineure. Elle ne peut pas plus donner de consentement que le mineur en tutelle auquel le législateur n'a voulu ni pu le demander.

D'un autre côté, la femme mineure, ainsi que nous l'avons observé sur l'art. 2140, ne pourrait consentir, dans son contrat de mariage, à la restriction de l'hypothèque sur certains immeubles du mari. La demande postérieure du mari n'a d'autre but que celui de ramener l'hypothèque à cette même restriction. Il serait déraisonnable que ce que la femme mineure ne peut faire lorsqu'elle contracte mariage, devînt possible lorsqu'elle est engagée dans ce lien, et qu'elle se trouve plus particulièrement placée sous la protection tutélaire de la loi.

La demande en réduction ne peut donc être écoutée, que lorsqu'elle a pour objet l'hypothèque d'une femme majeure, et que celle-ci donne d'avance son consentement.

Il faut de plus que cette demande soit accompagnée d'un avis favorable des quatre parens les plus proches de la femme réunis en assemblée de famille.

XXIII. *Art.* 2145. « Les jugemens sur les » demandes des maris et des tuteurs, ne » seront rendus qu'après avoir entendu le » procureur du roi, et contradictoirement » avec lui. Dans le cas où le tribunal pro- » noncera la réduction de l'hypothèque à » certains immeubles, les Inscriptions prises » sur tous les autres, seront rayées ».

Le tuteur, formant la demande en réduction, a deux contradicteurs : savoir, le subrogé tuteur et le procureur du roi. Le mari, formant la même demande, n'a qu'un seul contradicteur, c'est-à-dire, le procureur du roi ; car nous avons vu que la femme, qui est la vraie intéressée, doit avoir donné son consentement à la demande pour qu'elle puisse être accueillie par le tribunal : les parens, réunis en assemblée de famille, ne peuvent être regardés comme des contradicteurs, puisqu'ils ne sont pas appelés en cause, et qu'ils ne donnent qu'un simple avis préalable qui peut avoir été émis avant que toutes les instructions leur soient parvenues.

C'est un des motifs qui nous ont fait penser

que cet avis doit être favorable à la demande pour la rendre admissible, quoique cela ne soit pas littéralement exprimé dans le texte de la loi. Comment concevoir, en effet, que le tribunal pût admettre la demande du mari contre l'avis négatif du conseil de famille? Il ne pourrait avoir pour motif que le consentement de la femme, qui est trop dépendant de l'influence du mari, pour ne pas être suspect, et l'adhésion du procureur du roi, qui ne saurait non plus balancer la dénégation du conseil de famille, attendu que le procureur du roi n'est pas en position de connaître avec autant d'exactitude la valeur des biens du mari, et les charges positives ou éventuelles dont ils pourroient se trouver grevés envers la femme, et attendu que, dans le doute, son ministère est provoqué bien plus pour conserver à la femme l'intégrité des droits résultans de l'hypothèque légale, que pour seconder le succès de la demande du mari, qui doit toujours inspirer quelque défiance.

Nous avons pensé aussi que l'avis du conseil de famille donné sur la demande du tuteur, doit être favorable, non à cause de l'absence d'un contradicteur, puisqu'il a pour contradicteur bien réel le subrogé tuteur, mais parce que l'art. 2143 étant rédigé dans le même esprit que l'art. 2144, l'avis des parens exigé par ces deux articles, doit remplir le même objet dans les deux hypothèses. Nous ajoutons à ces raisons celle qui est prise de la nécessité d'un avis approbatif, lorsque, dans l'acte de nomination du tuteur, l'hypothèque est restreinte à certains immeubles. Si l'approbation du conseil de famille est nécessaire dans ce cas, elle doit l'être aussi dans celui où la demande est formée par le tuteur pour l'acceptation de la tutelle.

Lorsque le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque légale à certains immeubles, soit du mari, soit du tuteur, les Inscriptions prises sur les autres biens seront rayées, dit notre article. Cette radiation est une conséquence nécessaire du consentement de l'hypothèque dans les immeubles désignés, et de l'affranchissement de tous les autres.

Nous observerons, au surplus, que l'effet des dispositions que nous venons de rapporter, se borne à la restriction des immeubles soumis à l'hypothèque légale; que cette même hypothèque se conserve, avec tous ses autres attributs, sur les immeubles désignés dans le contrat de mariage, l'acte de nomination de la tutelle, ou le jugement. Cette hypothèque continuera donc d'exister sur les immeubles désignés indépendamment de toute Inscription. Elle aura lieu pour la sûreté du recouvrement de toutes les créances de la femme et du mineur, qui doivent en jouir. Le rang de cette hypothèque se rapportera, suivant la nature des créances, aux diverses époques déterminées par l'art. 2135; en un mot, elle produira, sur les immeubles restés dans le lien hypothécaire, les mêmes effets que si la réduction ou la restriction n'eussent pas été convenues ou prononcées.

Nous n'étendons pas plus loin le développement de ces effets, parceque nous devons y revenir à l'article *Radiation des hypothèques*.

Nous verrons plus bas quel est le tribunal compétent pour connaître des demandes en réduction, et de toutes celles qui sont relatives aux Inscriptions.

XXIV. Nous avons fait connaître l'influence de l'Inscription sur la validité, ou, si l'on veut, sur l'efficacité des hypothèques ordinaires, et la manière dont les hypothèques légales des femmes et des mineurs sont indépendantes de cette formalité; nous allons maintenant suivre le fil de nos questions, et parcourir les circonstances où la faculté d'inscrire utilement se trouve paralysée. L'art. 2146 du Code civil nous fournira le texte de cette discussion.

§. IV. *Quelles sont les circonstances où l'Inscription ne peut plus être prise utilement?*

I. Cette question qui, par la manière dont elle est posée, et d'après le texte des lois, paraît circonscrite dans un cercle très-étroit, prend une très-grande latitude lorsqu'on la considère dans tous ses rapports avec les diverses parties de la législation hypothécaire.

La formalité de l'Inscription s'adapte en général à toutes les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles: mais elle produit des effets distincts, lorsqu'elle s'applique aux hypothèques légales des femmes et des mineurs, et aux priviléges.

Il faut donc examiner la question sous ces trois rapports, et parcourir tous les cas et toutes les situations où peut se trouver le créancier dont le titre n'est pas encore inscrit.

On va commencer par les *hypothèques ordinaires*, en prévenant le lecteur que l'on désigne sous ce nom les hypothèques légales du trésor public et des communes sur les biens des comptables, celles du légataire d'une somme sur les immeubles de la succession dévolue à celui qui est grevé du legs, les hypothèques judiciaires et les hypothèques conventionnelles.

II. Toutes ces hypothèques doivent être nécessairement inscrites, et elles ne tirent leur perfection que de l'accomplissement de cette formalité. Les preuves de cette proposition ont été développées dans le §. 2; il est inutile de les répéter ici. Il suffit de rappeler que l'Inscription peut seule vivifier le droit de préférence; et que sa date fixe le rang dans lequel ce droit de préférence pourra être exercé.

Mais en plaçant ici toute l'efficacité de l'hypothèque dans l'Inscription, le législateur a laissé au créancier la faculté de la prendre quand il le jugerait à propos. Il était inutile en effet de prescrire un délai, puisque le rang de l'hypothèque ne doit dater que du jour de l'Inscription, et que le créancier ne peut imputer qu'à lui seul le préjudice que peut lui causer sa propre négligence.

Aucun délai déterminé n'a donc été assigné au créancier; il peut prendre son Inscription quand il le juge convenable, sauf à subir la préférence de tous ceux qui auront rempli avant lui cette formalité.

III. Cependant la faculté de s'inscrire n'est pas perpétuelle, et il survient des circonssances où l'Inscription ne peut plus être faite utilement. Alors, l'hypothèque périt avant qu'elle ait reçu la plénitude de la vie: ce qui distingue ce cas de celui de l'extinction de l'hypothèque, l'extinction proprement dite ne pouvant s'appliquer qu'aux hypothèques qui ont acquis toute leur force et toute leur consistance.

Nous allons maintenant faire connaître les circonstances dont nous venons de parler.

L'art. 2146 du Code civil en marque deux. Les Inscriptions (dit cet article) « ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans » le délai pendant lequel les actes faits avant » l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls.

» Il en est de même (ajoute-t-il), entre les » créanciers d'une succession, si l'Inscription » n'a été faite par l'un d'eux, que depuis l'ou» verture et dans le cas où la succession n'est » acceptée que par bénéfice d'inventaire ».

Ces textes sont clairs. Les art. 443, 444, 445 et 446 du Code de commerce, semblables en ce point aux lois antérieures, déclarent nuls les actes donnant hypothèque sur les biens du failli, et permettent d'annuler les actes d'aliénation, d'obligation, ou de paiement, faits dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. L'Inscription est donc sans effet, si elle a été prise dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite; et, à plus forte raison, elle ne peut plus être prise utilement après l'ouverture de la faillite.

L'Inscription ne produit non plus aucun effet, ou bien elle ne peut être prise utilement par le créancier d'une succession, si elle ne l'a été que depuis l'ouverture de la succession, et si cette succession n'a été acceptée que par bénéfice d'inventaire.

Pour réaliser ce cas, il faut le concours de trois conditions: 1°. qu'il s'agisse d'une créance sur une succession; 2°. que l'Inscription n'ait été prise qu'après l'ouverture de la succession; 3°. que cette même succession n'ait été acceptée que par bénéfice d'inventaire.

Le créancier qui, se trouvant dans ces circonstances, n'a pas pris d'Inscription, ou ne l'a prise qu'après les époques marquées, voit périr dans ses mains l'hypothèque qui lui avait été conférée par la loi, par un jugement ou par la convention, sans qu'il en puisse faire aucun usage; et il se trouve réduit à la condition des simples créanciers chirographaires (1).

IV. Indépendamment des deux cas qui sont nettement exprimés dans cet article, il peut y en avoir d'autres où l'Inscription ne peut plus être prise utilement.

Nous ne parlerons pas de la disposition de l'art. 2109 du Code civil, qui porte que, durant les soixante jours accordés au copartageant pour inscrire le privilége de la soulte sur l'immeuble qui doit la fournir, nulle hypothèque ne peut avoir lieu sur le même immeuble; ni de celle de l'art. 2111, qui dit que, pendant les six mois accordés aux créanciers et légataires d'une succession pour inscrire le privilége de la séparation des patrimoines, nulle hypothèque ne peut être établie avec effet sur les biens de la succession par les héritiers ou représentans, au préjudice de ces créanciers ou légataires; ni enfin de la disposition de la loi du 13 septembre 1807, portant que, lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing-privé formée avant l'échéance ou l'exigibilité de cette obligation, il ne pourra être pris aucune Inscription hypothécaire en vertu de ce jugement, qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire.

(1) [[Cette règle est-elle applicable aux Inscriptions qui n'ont pour objet que de conserver des hypothèques acquises avant la loi du 11 brumaire an 7? *V.* ci-après, §. 9.]]

Dans tous ces cas, la faculté de l'Inscription est plutôt suspendue qu'elle n'est anéantie. Le créancier hypothécaire ne peut inscrire utilement dans les intervalles indiqués; mais rien n'empêche qu'ensuite il n'inscrive son hypothèque, et qu'il n'obtienne de cette Inscription tout l'avantage que la valeur de l'immeuble hypothéqué et le rang de son hypothèque pourront lui procurer.

V. Nous examinerons maintenant quels sont les autres cas qui, soit par leur analogie avec ceux qu'on trouve exprimés dans l'art. 2146, soit par d'autres considérations, pourraient paralyser une Inscription tardive: et nous porterons successivement notre examen sur les cas de la vacance d'une succession, sur celui d'une cession de biens de la part du débiteur, sur celui de l'expropriation forcée de l'immeuble hypothéqué, et enfin, sur celui de l'aliénation volontaire.

Le cas où une succession est vacante, a une si grande analogie avec celui où la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, que l'art. 814 du Code civil déclare communes aux curateurs des successions vacantes, les dispositions de la sect. 3 du titre *des successions*, sur les formes de l'inventaire, sur le mode d'administration et sur les comptes à rendre de la part de l'héritier bénéficiaire.

Mais l'Inscription prise par un créancier hypothécaire, depuis l'ouverture d'une succession vacante, sera-t-elle sans effet, tout comme celle prise depuis l'ouverture d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire?

La loi ne le dit pas; mais à ce silence près, il serait bien difficile de découvrir une raison qui pût faire admettre une différence entre le sort des Inscriptions dans les deux cas.

Si l'on veut en effet sonder les motifs qui ont pu déterminer les dispositions de l'art. 2146, et qu'on ne trouve expliqués nulle part, on reconnaitra qu'ils s'appliquent également à l'un et à l'autre cas.

Le législateur a dû considérer que la faillite, ainsi que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, est un signe qui annonce que tous les biens du débiteur vont être mis en vente, et que leur prix va être distribué aux créanciers. Dès l'instant où la faillite et le bénéfice d'inventaire sont constatés, la possession et l'administration des biens sont ôtées au débiteur et confiées à des syndics ou à des héritiers bénéficiaires, qui doivent un compte rigoureux. Il a paru sans doute équitable de fixer, dans le même moment, le sort et la nature de toutes les créances, et de ne pas souffrir qu'un créancier, à l'aide de quelques formalités que le hasard le mettait en position de remplir plus promptement, pût améliorer sa condition aux dépens des autres créanciers: on a voulu que les créanciers qui, dans cet instant, avaient une hypothèque ou un privilége bien établi, en conservassent les avantages; mais que ceux qui n'avaient qu'une hypothèque imparfaite et non consolidée par l'Inscription, demeurassent confondus dans la classe commune des créanciers chirographaires.

Or, ces considérations et ces motifs militent avec la même force, dans le cas de la vacance d'une succession. Dès l'instant de l'ouverture, le débiteur n'existe plus; les biens sont placés dans la main d'un curateur: ils doivent être vendus, et leur prix doit être distribué aux créanciers. Si la conversion de ces biens en argent et la distribution du prix pouvaient se faire sur le champ, chaque créancier se présenterait avec son titre, dans l'état où il se trouverait alors, et serait colloqué dans le rang que ce titre lui assignerait. Les délais inséparables des procédures judiciaires, n'ont pas pour but de ménager à quelques-uns des créanciers les moyens d'améliorer ou de consolider leur créance; mais de prendre les mesures nécessaires pour que le prix des ventes atteigne toute la valeur des biens vendus, et que les titres des créanciers soient vérifiés et classés.

Dirait-on que la vacance d'une succession ne prouve pas toujours son insolvabilité? il est possible, quoique bien rare, qu'une succession lucrative reste vacante. Mais ne peut-il pas arriver aussi qu'une succession, quoiqu'acceptée sous bénéfice d'inventaire, soit solvable? Cette solvabilité ne se retrouvera-t-elle pas très-fréquemment dans les successions dévolues aux mineurs, qui, quelque riches qu'elles soient, ne peuvent cependant être acceptées que sous bénéfice d'inventaire, d'après l'art. 461 du Code civil? Cependant, dans ce dernier cas, le cours des Inscriptions nouvelles est arrêté à l'époque de l'ouverture de la succession, par le texte précis de la loi: il peut donc être arrêté par l'esprit de la loi à l'époque de l'ouverture d'une succession vacante.

[[*V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 7, n°. 1.]]

VI. Il doit en être de même encore dans le cas de la cession judiciaire qu'un débiteur fait de ses biens à ses créanciers. Le débiteur

se dépouille de tous ses biens. Si la propriété de ces biens ne passe pas immédiatement à la masse des créanciers, ainsi qu'il est dit dans l'art. 1269 du Code civil, ce n'est que parce que la valeur n'en est pas déterminée, et que, l'ordre des créanciers n'étant pas encore réglé, on ne peut savoir quels sont ceux qui recueilleront cette valeur. Mais les biens abandonnés ou cédés par le débiteur, n'en sont pas moins vacans; et on nomme un curateur pour leur administration, tout comme dans le cas d'une vacance réelle de succession. Aucune raison plausible ne peut faire admettre une différence entre ce cas et ceux qui sont littéralement exprimés dans l'art. 2146.

Notre opinion est puissamment fortifiée par la disposition de la loi du 11 brumaire an 7, sur le même sujet. L'art. 5 de cette loi s'exprimait ainsi : « l'Inscription qui serait faite » dans les dix jours avant la faillite, banque» route, *ou cessation publique de paiement d'un* » *débiteur,* ne confère point hypothèque ».

Cet article, en désignant les dix jours avant *la faillite* ou *la banqueroute,* ne faisait que retracer le vœu de l'ordonnance de 1673, qui ne s'appliquait qu'aux commerçans : mais en ajoutant à ces circonstances, celle *de la cessation publique de paiement d'un débiteur,* il généralisait la disposition, et il l'étendait à toutes les Inscriptions qui seraient prises sur les biens d'un débiteur quelconque dans les dix jours qui précéderaient la cessation publique des paiemens.

L'art. 2146, en prononçant sur le même sujet, a adopté une autre rédaction. On ne voit, comme nous l'avons déjà remarqué, ni dans les discussions du conseil d'état, ni dans les discours des orateurs, aucune réflexion qui explique les motifs de ce changement. On doit croire, par cela même, que la nouvelle loi est rédigée dans le même esprit que celle du 11 brumaire an 7: on doit le croire avec d'autant plus de raison, que la nouvelle loi étend nominativement sa disposition au cas d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, qui n'est point celui de la faillite, et qui peut regarder, non-seulement les commerçans faillis, mais encore les débiteurs de tout genre, quelles que soient leurs qualités ou leurs professions.

Nous croyons pouvoir conclure d'après ces rapprochemens et les autres motifs que nous avons employés, que les Inscriptions sur les biens cédés par un débiteur, ne peuvent être prises utilement, tout au moins à partir du jour de l'abandon fait aux créanciers (1).

VIII. La question deviendra plus difficile, lorsque nous l'appliquerons au cas de l'expropriation forcée des biens hypothéqués, fait sur la tête du débiteur. Et pour la résoudre d'une manière qui puisse satisfaire, nous serons obligés de remonter aux principes radicaux, et de retracer avec exactitude les dispositions anciennes et nouvelles qui auront avec cette question des rapports plus ou moins directs.

Les biens du débiteur (nous ne saurions trop le répéter) sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue au prorata de leurs créances, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence, qui sont les hypothèques.

L'hypothèque est un droit réel qui s'établit sur les immeubles du débiteur, et qui donne au créancier le droit de les suivre, soit dans la main du débiteur, soit dans celle de tout autre possesseur, pour être payé sur le prix, par préférence aux créanciers non hypothécaires dont le rang est postérieur.

L'hypothèque ne s'établit que par l'accomplissement de toutes les conditions voulues par la loi, et dont la dernière est l'Inscription qui fixe le rang de préférence.

Si l'on ne consultait que l'intérêt des acquéreurs et des créanciers hypothécaires, il serait inutile de rechercher l'époque à laquelle les créanciers ayant un commencement d'hypothèque, peuvent l'accomplir utilement par l'Inscription. La faculté de s'inscrire pourrait impunément s'étendre à un temps indéfini.

L'acquéreur ne doit payer que le prix déterminé, quels que soient le nombre, l'ordre et les titres des créanciers.

Les créanciers ayant hypothèque inscrite et qui sont en rang utile, reçoivent leur paiement intégral, et ils sont sans inquiétude comme sans intérêt sur la chaîne plus ou moins longue des créanciers inscrits ou non inscrits qu'ils peuvent laisser après eux.

Tout intérêt se concentre donc dans les créanciers chirographaires, auxquels il importe de débattre la validité d'une Inscription tardive, pour écarter la préférence qu'elle obtiendrait sur eux.

Or, si nous consultons l'esprit du système hypothécaire, nous découvrirons que le but

(1) [[On voit que M. Tarrible laisse ici indécise la question de savoir quel devra't être le sort des Inscriptions prises dans les dix jours antérieurs à l'abandon fait par un débiteur non-commerçant à ses créanciers ; je la traiterai séparément ci-après, §. 13.]]

et dire final de l'hypothèque est d'atteindre ou de poursuivre la vente forcée de l'immeuble affecté, pour recevoir sur le prix le paiement de la créance hypothécaire; que le dénoûment des charges hypothécaires s'opère dans l'instant de la vente forcée; que, dans ce même instant, tous les créanciers qui ont des hypothèques inscrites, doivent se tenir prêts pour se faire colloquer dans leur rang; et que ceux qui n'ont pas alors accompli la formalité nécessaire de l'Inscription, doivent rester confondus dans la classe des créanciers chirographaires, et ne peuvent aspirer à aucune préférence.

Un effet ne peut exister sans cause. La préférence est un effet. Sa cause est l'hypothèque ou le droit réel qu'elle donne sur les immeubles du débiteur. Cette cause ne peut plus se réaliser sur l'immeuble qui a subi l'expropriation forcée. Comment une Inscription postérieure pourrait-elle compléter le droit réel sur l'immeuble du débiteur? Cet immeuble a cessé d'appartenir au débiteur, il est légitimement acquis à l'adjudicataire. Comment ce créancier négligent pourrait-il invoquer le droit de suite et surenchérir? L'Inscription qui seule pouvait lui donner le droit de suite, n'existait pas lors de l'adjudication; les enchères sont épuisées: tout ce qu'il aurait pu faire, si sa créance eût été inscrite avant la vente, est fait par d'autres; tout est consommé.

A la vérité, le prix n'est pas encore distribué, mais que reste-t-il à exercer sur ce prix? des préférences? Et comment pourra-t-il en réclamer et en obtenir une, lorsque les choses sont parvenues au point où la cause qui seule pouvait donner cette préférence, ne peut plus se réaliser?

C'est ainsi que nous tirons de la nature même et des formes du droit hypothécaire, la conséquence que l'Inscription ne peut être efficace qu'autant qu'elle a été prise avant l'adjudication. Nous allons examiner maintenant jusqu'à quel point le texte des lois peut étayer cette opinion.

La loi du 9 messidor an 3 fut établie sur les bases de la publicité. L'art. 3 déclara qu'il n'y avait d'hypothèques que celles résultant d'actes authentiques inscrits dans les registres publics ouverts à tous les citoyens. L'art. 19, après avoir prescrit les actes préliminaires qui devaient conduire à l'établissement de l'hypothèque, ajouta qu'elle n'était acquise définitivement que par la formalité de l'Inscription de ces actes.

Venant ensuite au règlement de l'ordre, l'art. 163 portait que le conservateur des hypothèques dresserait notamment l'extrait certifié du livre de raison des hypothèques comprenant toutes celles existantes *jusqu'au jour de l'adjudication définitive.*

Si le conservateur des hypothèques ne devait inscrire dans ce certificat que les hypothèques existantes jusqu'au jour de l'adjudication définitive; et si, d'un autre côté, l'existence d'une hypothèque était nécessairement liée avec son Inscription, il est clair que la loi ne voulait admettre dans la formation de l'ordre, que les hypothèques inscrites jusqu'au jour de l'adjudication; et que toute hypothèque non inscrite à cette époque, devait retomber dans la classe des créances chirographaires.

Les lois ultérieures ne se sont pas expliquées avec la même précision. Celle du 11 brumaire an 7, sur les expropriations forcées, dit, art. 4, que les affiches imprimées qui annoncent l'adjudication, doivent contenir l'état des Inscriptions existantes sur l'immeuble au jour du commandement; mais il ne faut pas conclure de là que des Inscriptions ne peuvent être prises utilement dans l'intervalle du commandement à l'adjudication, puisque le commandement n'opère ni l'expropriation du débiteur, ni même la saisie de l'immeuble, laquelle ne résulte que de l'apposition postérieure des affiches, selon l'art. 5. La loi voulait seulement présenter aux enchérisseurs, autant qu'il était possible, les charges qu'ils auraient à acquitter lors de l'adjudication.

L'art. 31 de la même loi s'occupe de l'ordre: il dit qu'après l'adjudication, il sera ouvert au greffe du tribunal, un procès-verbal, sur la première réquisition d'un des créanciers, et sur la remise qu'il sera tenu de faire en même temps d'un état certifié par le conservateur, *des hypothèques existantes sur les biens aliénés.*

Il n'y a dans le sens de cette loi, non plus que dans celui de la loi du 9 messidor an 3, d'hypothèque existante que celle qui est inscrite: mais la lettre de l'article cité laisse une incertitude sur le point de savoir s'il entend comprendre seulement les hypothèques inscrites jusqu'au jour de l'adjudication, ou bien celles inscrites jusqu'au jour du procès-verbal.

Le Code civil ne contient rien sur le règlement de l'ordre: il se contente d'annoncer, art. 2218, que l'ordre et la distribution du prix des immeubles et la manière d'y procéder, sont réglés par les lois sur la procédure, et l'on trouve effectivement, dans l'art. 752 du Code de procédure civile, cette disposi-

tion à peu près semblable à celle de la loi du 11 brumaire an 7 : « le poursuivant prendra » l'ordonnance du juge commis, qui ouvrira » le procès-verbal d'ordre, auquel sera an» nexé un extrait délivré par le conservateur » de toutes les Inscriptions existantes.....».

Cependant, comme il est indubitable que les lois que nous venons de citer, pour tout ce qui concerne la publicité des hypothèques ordinaires, sont conçues dans le même esprit que la loi du 9 messidor an 3, ce qui se trouve textuellement décidé par cette dernière loi sur l'époque à laquelle les Inscriptions cessent de pouvoir être prises utilement, peut être sous-entendu, sans témérité, dans la loi du 11 brumaire an 7, dans le Code civil et dans le Code de procédure civile.

On verra au n°. suivant [[et plus particulièrement ci-après, §. 8 *bis*, n° 2]], que les orateurs du gouvernement et du tribunat, exposant les motifs du tit. 4 du liv. 1er. de la 2e. partie du Code de procédure, ont prouvé et professé que, dans le véritable sens du Code civil, l'aliénation volontaire toute seule, et même sans le secours de la transcription, purge les hypothèques non inscrites à cette époque, et empêche qu'il n'en soit établi de nouvelles. A combien plus forte raison le même effet doit-il résulter de l'expropriation forcée, qui se fait avec bien plus de lenteur et de solennité, et qui est le point où toutes les hypothèques doivent se réunir en concours pour être évacuées?

Il est vrai que l'art. 834 du Code de procédure civile a modifié, dans ce point, les dispositions du Code civil, en permettant au créancier hypothécaire qui n'a pas fait inscrire son titre antérieurement à l'aliénation, de prendre Inscription dans la quinzaine de la transcription de l'acte d'aliénation. Nous examinerons plus bas jusqu'à quel point ces dispositions nouvelles peuvent se raccorder avec le système du Code civil. Il nous suffit d'observer ici qu'elles ne s'appliquent littéralement qu'au cas de l'aliénation volontaire d'un immeuble soumis à l'hypothèque; et qu'il est impossible de l'étendre, par analogie, au cas d'une expropriation forcée, puisque l'adjudication ne doit pas être suivie de la formalité de la transcription, et qu'ainsi il n'y aurait aucun point de départ pour faire courir le délai de quinzaine.

Ajoutons d'ailleurs que cette disposition du Code de procédure est une exception à la règle précédemment établie, et que de cela seul que l'exception est bornée au cas d'une aliénation volontaire, la règle doit continuer de subsister tout entière dans le cas d'une expropriation forcée : d'où suit la conséquence palpable que les hypothèques non inscrites lors de l'expropriation forcée, ne peuvent plus l'être utilement après cette époque.

Dans toute l'économie du titre *de l'ordre*, qui est le quatorzième du liv. 5 de la première partie du Code de procédure civile, on ne trouvera rien qui contrarie notre opinion. Le règlement de l'ordre s'ouvre, dans le principe, sur un extrait délivré par le conservateur, de toutes les Inscriptions existantes. La loi détermine ensuite les formes et les délais dans lesquels chaque créancier inscrit doit produire son titre et contester ceux des autres créanciers : elle prononce les peines qu'encourent ceux qui ne produisent ni ne débattent dans les délais fixés; elle règle la forme du jugement d'ordre et le mode de son exécution : nulle part on ne voit que les créanciers non inscrits dans le principe, aient pu utilement prendre une Inscription pendant le cours des procédures qui tendent à la formation de l'ordre.

Un seul article, le 78e., dit que *tout créancier pourra prendre Inscription pour conserver les droits de son débiteur*; et comme cet article se trouve placé sous le titre *de l'ordre*, on pourrait penser que le créancier serait autorisé à prendre cette Inscription, pendant le cours des opérations relatives au règlement de l'ordre.

On répondra d'abord que le texte ne le dit pas ainsi. On ajoutera que cette interprétation est contraire aux principes et à l'esprit de la loi. Les créanciers, avait dit l'art. 1166 du Code civil, peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur : l'article du Code de procédure qui permet à un créancier de prendre Inscription pour conserver les droits de son débiteur, n'est qu'une application de ce principe. Mais il est manifeste que le créancier ne peut exercer les droits de son débiteur, que de la même manière dont le débiteur pourrait les exercer lui-même : le créancier ne pourra donc inscrire utilement la créance de son débiteur, que dans le temps et les circonstances où le débiteur lui-même pourrait faire utilement cette Inscription. — Nous reviendrons à cette faculté des créanciers dans un autre lieu.

L'art. 752 du Code de procédure, portant que le procès-verbal sera accompagné d'un extrait délivré par le conservateur, de toutes les Inscriptions existantes, était le sept cent soixante-treizième dans le projet du même Code communiqué au tribunat. Ce corps qui avait aperçu les difficultés qui nous occupent dans ce moment, proposa d'ajouter à l'article

deux mots qui devaient lever tous les doutes, et de le rédiger ainsi : « Le poursuivant » prendra l'ordonnance du juge-commis qui » ouvrira le procès-verbal d'ordre, auquel sera » annexé un extrait délivré par le conserva- » teur, de toutes les Inscriptions existantes *au* » *moment de l'adjudication* ». Si cette proposition ne fut pas adoptée, ce ne fut pas qu'on la regardât comme contraire aux principes, mais parceque cette addition particulière se trouva confondue avec une chaine d'amendemens qui dénaturaient le projet et qui ne purent, par cela même, être accueillis.

Il ne reste pas moins prouvé, soit par les principes de la matière, soit par le rapprochement des premières lois avec les dernières, que l'Inscription doit être regardée comme tardive et sans effet, si elle n'est prise que postérieurement à l'adjudication définitive.

VIII. Nous avons encore à examiner la même question dans le cas de l'aliénation volontaire.

La loi du 11 brumaire an 7 contenait sur ce point des dispositions bien différentes de celles du Code civil. Les art. 26 et 28 de cette loi étaient ainsi conçus :

« Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits dans les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente.

» La transcription prescrite par l'art. 26, transmet à l'acquéreur les droits que le vendeur avait à la propriété de l'immeuble, mais avec les dettes et hypothèques dont cet immeuble est grevé ».

Il résultait de la combinaison de ces deux articles, que, dans le cas de l'aliénation volontaire d'un immeuble susceptible d'hypothèque, la propriété n'en était transférée au nouveau possesseur que par la transcription. Jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, l'aliénateur était censé, du moins dans l'intérêt des tiers, avoir conservé la propriété de l'immeuble aliéné. Il pouvait l'aliéner de nouveau; il pouvait contracter de nouvelles dettes, et hypothéquer, pour leur sûreté, les immeubles déjà vendus; et si le nouvel acquéreur et le nouveau créancier avaient fait, l'un la transcription, l'autre l'Inscription de son titre, avant que le premier acquéreur eût rempli la formalité de la transcription, ce dernier n'avait rien à leur opposer.

On voit que, dans ce système, une créance hypothécaire créée avant l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, et même depuis, pouvait être utilement inscrite sur la tête de l'ancien propriétaire, tant que le titre d'aliénation n'avait pas été transcrit par l'acquéreur.

Le Code n'a point adopté ce système. On lit dans l'art. 2182, cette disposition fondamentale : « Le vendeur ne transmet à l'acquéreur » que la propriété et les droits qu'il avait lui- » même sur la chose vendue : il les transmet » sous l'affectation des mêmes privilèges et » hypothèques dont il était chargé ».

Ce n'est plus, comme dans le système de la loi du 11 brumaire an 7, la transcription, mais bien l'acte de vente lui-même, qui transmet la propriété de l'immeuble aliéné. L'acte de vente transmet cette propriété, avec les mêmes privilèges et hypothèques dont l'immeuble était chargé au moment de la vente, entre les mains du vendeur : mais les hypothèques créées postérieurement par celui-ci, même avant la transcription, ne peuvent atteindre l'immeuble aliéné. La transcription qui était nécessaire, d'après la loi du 11 brumaire, pour opérer la transmission de la propriété, ne l'est plus maintenant pour remplir cet objet : elle ne le devient qu'à l'égard de l'acquéreur qui veut purger les hypothèques existantes sur l'immeuble du chef du vendeur, ainsi qu'on peut le voir dans l'art. 2183 du Code civil.

C'est de ces principes et de quelques autres textes répandus dans le Code, que les deux orateurs du gouvernement et du tribunat ont tiré cette conséquence rappelée plus haut, que les hypothèques non inscrites au moment de l'aliénation, ne pouvaient plus l'être utilement. Il serait inutile de rapporter ici ces opinions et leurs motifs; [[on les trouvera ci-après, §. 8 *bis*, n°. 2]].

La législation sur ce point était dans cet état, lorsque le Code de procédure civile présenta l'art. 834, qui fut le texte des discours des deux orateurs. Voici comment cet article est conçu :

« Les créanciers qui, ayant une hypothèque, aux termes des art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chap. 8 du tit. 18 du liv. 3 du Code civil, qu'en justifiant de l'Inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et

au plus dans la quinzaine de la transcription de cet acte.

»Il en sera de même à l'égard des créanciers ayant privilége sur les immeubles sans préjudice des autres droits résultans au vendeur et aux héritiers, des art. 2108 et 2109 du Code civil ».

Cet article laisse le vendeur dans l'impossibilité où l'avait mis le Code civil, de créer une nouvelle hypothèque sur l'immeuble vendu, après l'acte d'aliénation : il ne parle que des créanciers qui n'ont pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations; ce qui suppose invinciblement que le titre de la créance existait avant l'aliénation.

Mais ces créanciers ayant un titre hypothécaire avant l'aliénation, ne sont plus déchus, par le fait de la vente, de la faculté d'inscrire ces titres après l'aliénation, s'ils ne l'ont fait auparavant. Ils peuvent les inscrire, non-seulement dans l'intervalle de la vente à la transcription, mais encore dans les quinze jours qui suivent l'accomplissement de cette dernière formalité (1).

Cette nouvelle disposition peut, sous un certain point de vue, rentrer dans le système du Code civil. L'art. 2167 donne à l'acquéreur l'option de purger ou de ne pas purger les hypothèques; tant qu'il ne veut pas les purger, il demeure obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, et jouit, suivant le même article, des termes et délais accordés au débiteur originaire : il est considéré, sous ce rapport, comme un successeur à titre universel, qui est l'image de son auteur, et contre lequel on peut diriger les mêmes poursuites et les mêmes actes que l'on aurait pu faire contre l'auteur en personne. Cette presque similitude dans ce point, fait concevoir comment un créancier ayant un titre hypothécaire non inscrit avant l'aliénation, conserve la faculté de l'inscrire après l'aliénation, tout comme si l'immeuble était encore dans les mains du vendeur.

L'acquéreur ne prend bien pleinement son caractère distinct de successeur à titre particulier, non passible des dettes de son vendeur, que lorsqu'il veut purger les hypothèques : il doit alors annoncer, avant tout, cette volonté par la transcription. Ce n'est qu'alors que les créanciers du vendeur acquièrent une connaissance positive de cette volonté; et c'est sans doute par ces motifs, que le législateur légitime les Inscriptions faites jusqu'à ce moment, et qu'il accorde de plus aux créanciers du vendeur, un temps moral de quinze jours, à compter du jour de la transcription, pour inscrire leurs titres, quand ils ne l'ont pas fait auparavant.

Au surplus, il n'y a nul doute que l'Inscription prise dans le délai prescrit, ne produise tous les effets que la loi attribue aux Inscriptions en général. Ainsi, le créancier inscrit dans la quinzaine, aura le droit de surenchérir pendant les délais accordés pour la surenchère; il pourra concourir au réglement de l'ordre; il fera colloquer sa créance dans le rang que lui assignera la date de son Inscription; il obtiendra la préférence, non-seulement sur les créanciers chirographaires, mais encore sur les créanciers hypothécaires qui auraient pris leur Inscription dans le même délai, mais postérieurement à la sienne.

Mais si ce créancier ne s'inscrit pas dans la quinzaine de la transcription faite par l'acquéreur, perdra-t-il irrévocablement la faculté de s'inscrire utilement; ou bien la conservera-t-il encore après ce terme? Ici, je prie le lecteur de me prêter encore toute son attention; j'ai entrepris de le conduire dans des routes incertaines et ténébreuses; je ne puis dissimuler la crainte que j'ai de l'égarer.

L'art. 2183, ainsi que nous le redirons plus bas, veut que l'acquéreur qui a le dessein de purger les hypothèques, fasse d'abord transcrire son titre, et qu'il notifie aux créanciers inscrits, l'extrait de son titre, l'extrait de la transcription, un tableau des créances inscrites, et la déclaration qu'il est prêt à acquitter les dettes à concurrence du prix.

L'art. 2185 autorise tout créancier inscrit à requérir la mise de l'immeuble aux enchères, dans les quarante jours qui suivent la notification faite par le nouveau propriétaire.

La notification, de la part de l'acquéreur, ne doit pas être faite aux créanciers non inscrits. L'art. 835 du Code de procédure civile le dit expressément; et cela résulte tout aussi bien de l'impossibilité où est l'acquéreur, d'adresser un acte à un créancier qui ne s'est point fait connaître par les voies que la loi lui indique.

(1) [[Cette disposition, en tant qu'elle admet le créancier porteur d'un titre hypothécaire antérieur à la vente, à le faire inscrire dans la quinzaine de la transcription du contrat du tiers-acquéreur, n'est certainement pas applicable au cas d'une vente faite antérieurement à la publication du Code de procédure, quoique sous le Code civil. Mais l'est-elle à ce cas en tant qu'elle admet le même créancier à se faire inscrire avant la transcription?

Cette question sera examinée ci-après, §. 8 *bis*, no. 2.]]

Ce même créancier non inscrit ne peut provoquer les enchères, tant que son titre reste dans cet état d'imperfection. Il acquiert toutefois le droit de requérir la mise aux enchères, pourvu qu'il justifie de l'Inscription prise avant l'expiration de la quinzaine, à partir de la transcription faite par le nouveau propriétaire. Telle est la disposition littérale de l'art. 834 du Code de procédure civile. Cette faculté d'enchérir expire dans la main du créancier qui a fait l'Inscription tardive, au terme de quarante jours qui est fixé à l'égard des créanciers qui avaient inscrit avant la notification; en telle sorte qu'en supposant que l'acquéreur ait fait sa transcription et la notification aux créanciers inscrits le 1er. mai, et que le créancier tardif ait fait son Inscription le 15 du même mois, ce dernier ne peut requérir la mise aux enchères, que jusqu'au 10 juin suivant, époque de l'expiration du délai de quarante jours, à partir de la notification.

Mais supposons que ce créancier négligent n'ait fait son Inscription qu'après l'expiration du délai de quinzaine; l'art. 824 dit bien qu'il n'aura pas le droit de requérir la mise aux enchères, mais il ne dit pas quels seront le sort et les effets de cette Inscription tardive: c'est une difficulté que nous cherchons à résoudre.

On pourrait employer en faveur de la validité de l'Inscription, les raisonnemens suivans. Le titre de l'acquéreur est mis en suspens, par les procédures tendantes à purger les hypothèques. Il se fixe irrévocablement par l'expiration du délai de quarante jours, dans le cas où la mise aux enchères n'a été provoquée par aucun créancier: il est annulé et remplacé par l'adjudication dans le cas où la mise aux enchères a été réalisée pendant le délai. Il pourrait paraître juste d'admettre l'Inscription faite jusqu'à l'une de ces deux époques, attendu que ce n'est qu'à ces mêmes époques que la propriété se fixe irrévocablement, ou sur la tête de l'acquéreur volontaire, ou sur celle de l'adjudicataire, et que rien ne semble s'opposer à ce que le créancier ne puisse consolider son hypothèque par l'Inscription, tant que la propriété de l'immeuble soumis à l'hypothèque, n'est pas fixée sur la tête d'un nouveau possesseur.

Cependant des raisons différentes et néanmoins solides, mènent à un tout autre résultat.

Le créancier qui n'a fait son Inscription qu'après la quinzaine qui lui est accordée, a perdu irrévocablement le droit de provoquer la mise aux enchères. Il a perdu ainsi tout ce qui constitue le nerf et la garantie de l'hypothèque.

Le nouveau possesseur de l'immeuble soumis à l'hypothèque, peut, en effet, être un donataire; il peut avoir réduit l'évaluation de l'immeuble à une somme si modique, qu'elle n'offrira qu'un fait illusoire: quel moyen aura le créancier tardif de le faire élever à sa vraie valeur? Il n'en aura aucun.

D'un autre côté, ce créancier négligent peut être le seul qui ait stipulé une hypothèque sur l'immeuble aliéné. S'il n'a pas inscrit dans les quinze jours de la transcription, rien ne peut empêcher que le seizième jour, l'acquéreur ne paie le prix au vendeur, et qu'il ne soit valablement libéré. L'art. 2186 du Code civil, rappelé dans l'art. 835 du Code de procédure civile ne regarde que les créanciers inscrits lors de la transcription, ou dans les quinze jours qui la suivent: « à défaut par le créancier (dit cet article) d'avoir » requis la mise aux enchères dans le délai et » les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeurée définitivement fixée au prix » stipulé dans le contrat, ou déclarée par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilége et hypothèque, en » payant ledit prix aux créanciers qui seront » en ordre de réunion, ou en le consignant ».

Le créancier inscrit au moment de la transcription, d'après l'art. 2185 du Code civil, et le créancier inscrit dans la quinzaine de la transcription, d'après l'art. 834 du Code de procédure civile, peuvent seuls requérir la mise aux enchères dans le délai de quarante jours, à partir de la notification et selon le mode prescrit par l'art. 2185. La loi n'a donc en vue que les mêmes créanciers, lorsqu'elle enjoint à l'acquéreur de payer le prix à ceux qui seront en ordre pour recevoir ou de consigner. Cette injonction n'est ni ne peut être faite dans l'intérêt du créancier qui n'a inscrit son titre, ni avant la transcription, ni dans les quinze jours qui l'ont suivie. Sa créance, n'ayant aucun caractère de publicité, ne peut empêcher que le prix ne soit payé au vendeur, et que l'immeuble ne soit pour toujours affranchi de tout privilége et de toute hypothèque étrangère.

Une hypothèque qui ne peut fournir au créancier les moyens d'élever le prix de l'immeuble hypothéqué à sa vraie valeur, une hypothèque qui ne peut mettre aucun obstacle à ce que le prix de l'immeuble aliéné soit payé valablement au vendeur, ne peut être une hypothèque, puisqu'elle est dénuée de tous les droits qui constituent l'hypothèque véritable.

Nous concluons de là qu'une créance non inscrite à l'expiration du délai de quinzaine, à partir de la transcription, ne peut plus l'être utilement; qu'elle a perdu irrévocablement l'aptitude à devenir hypothécaire, et qu'elle retombe, dès cet instant, dans la classe des créances chirographaires.

Nous avons supposé, pour faire ressortir davantage notre démonstration, que le créancier négligent est le seul qui ait stipulé une hypothèque sur l'immeuble aliéné. La supposition contraire ne saurait changer ces résultats. S'il y a d'autres créanciers inscrits utilement, l'acquéreur ne pourra se libérer des privilèges et hypothèques qu'après que l'écoulement de quarante jours, à partir de la notification, aura constaté qu'aucun de ces créanciers n'a voulu surenchérir, et qu'autant qu'il paiera le prix aux créanciers en ordre de le recevoir, ou qu'il le consignera. Il pourra même arriver qu'une enchère mise dans le délai, ait été suivie d'une adjudication définitive, et ait ainsi dépouillé l'acquéreur volontaire, pour investir définitivement l'adjudicataire de la propriété de l'immeuble hypothéqué : ces actes sont tous étrangers au créancier négligent; ils sont tous hors de la sphère de sa volonté et de ses pouvoirs : ils ne peuvent avoir aucune influence sur sa créance particulière; ils ne peuvent en changer ni le sort ni la condition.

IX. Nous avons parcouru les divers cas où une hypothèque ordinaire non inscrite ne peut plus l'être utilement. Nous avons annoncé dans le principe, que la question doit être envisagée sous ce triple rapport avec les hypothèques ordinaires, avec les hypothèques légales des femmes et des mineurs, et enfin avec les privilèges.

L'Inscription étant le complément de l'hypothèque ordinaire, nous avons remarqué que le défaut d'Inscription ou l'impuissance de la faire utilement, empêchent que l'hypothèque ne puisse recevoir toute sa perfection et fait retomber la créance dans la classe des créances chirographaires.

Les hypothèques des femmes et des mineurs existent indépendamment de toute Inscription. Ces hypothèques n'ayant pas besoin de la formalité de l'Inscription pour acquérir leur complément, ne peuvent perdre leur existence que par les moyens qui opèrent l'extinction des hypothèques parfaites. Nous expliquerons dans le §. 8, quand et comment les hypothèques des femmes et des mineurs doivent être inscrites.

X. Les privilèges sont soumis à la formalité de l'Inscription; mais comme l'Inscription appliquée aux privilèges, produit des effets différens de ceux qu'elle produit à l'égard des hypothèques ordinaires, les délais de l'Inscription à faire varient selon la nature ou l'espèce du privilége. La question exige par ces motifs une discussion séparée. On la trouvera sous les mots *Privilége de créance.*

Nous nous contenterons de remarquer ici qu'il est impossible que la disposition de l'art. 2146 soit littéralement appliquée en ce qui concerne les privilèges; « Les Inscriptions sur » les biens soumis *au privilége* ou à l'hypothè- » que, ne produisent aucun effet (dit cet ar- » ticle), si elles sont prises dans le délai pen- » dant lequel les actes faits avant l'ouverture » des faillites sont déclarés nuls ».

Le vendeur a un privilége sur l'immeuble vendu, pour sûreté du recouvrement du prix; et aucun délai ne lui est prescrit pour faire l'Inscription de son privilége (art. 2108). Si l'acquéreur tombait en faillite, ou si la succession n'était acceptée que sous benéfice d'inventaire, on ne saurait prétendre que l'Inscription de ce privilége, faite dans les dix jours antérieurs à la faillite, ou postérieurement à l'ouverture de la succession, ne dût produire aucun effet.

Le co-héritier ou le co-partageant a, pour la soulte, un privilége sur les immeubles de la succession, qui doit être inscrit dans les soixante jours, à partir de l'acte de partage (art. 2109). Pourrait-on frustrer ce créancier de son privilége, parceque la faillite ou la mort du co-partageant, son débiteur, seraient survenues pendant le délai de soixante jours?

Les créanciers et légataires surtout, qui demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui de l'héritier, conservent, d'après l'art. 2111, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentans du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les Inscriptions prises dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession. La faillite des héritiers ou l'acceptation de leur succession par bénéfice d'inventaire pendant le délai de six mois, ne pourra certainement pas empirer la condition des créanciers et légataires de la succession, ni détruire l'effet du privilége de la séparation du patrimoine que la loi leur accorde avec la plus juste raison.

Il nous suffit d'avoir indiqué, par ces exemples, les modifications dont le sens littéral de cet article est susceptible. Les autres explications relatives à l'Inscription des privilèges, se trouveront au lieu désigné plus haut.

XI. Nous allons nous occuper maintenant du mode des Inscriptions, qui comprend le lieu où elles doivent être faites, et la forme qu'on doit leur donner.

La même matière est traitée dans le Code civil, sous le chap. 4 du titre *des Priviléges et hypothèques*. Le législateur y a intercallé quelques dispositions qui concernent l'effet de plusieurs Inscriptions prises le même jour, l'effet des Inscriptions relativement aux intérêts, le renouvellement des Inscriptions, les frais et les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu. Nous encadrerons les mêmes dispositions dans notre paragraphe à mesure qu'elles se présenteront.

§. V. *Quelles sont les formes de l'Inscription hypothécaire?*

I. Les Inscriptions (dit l'art. 2146), se font au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque.

L'hypothèque est un droit réel; ce droit ne peut s'asseoir que sur les immeubles dont la situation est invariable. Pour se raccorder avec le système de publicité adopté par le Code civil, il fallait circonscrire des arrondissemens tellement combinés, que toutes les charges hypothécaires dont les immeubles situés dans cet arrondissement, se trouveraient grevés, pussent être inscrites et présentées avec ordre et netteté. C'est dans cette vue qu'on a déterminé les arrondissemens qui s'identifient avec ceux des tribunaux de première instance; et qu'on a établi dans chacun de ces arrondissemens, un bureau où toutes les Inscriptions doivent être faites. Une Inscription sur un immeuble ne peut donc produire d'effet qu'autant qu'elle est inscrite au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel cet immeuble est situé. L'Inscription prise dans tout autre bureau, serait nulle.

II. L'art. 2147 du Code civil porte que tous les créanciers inscrits le même jour, exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'Inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur.

Plusieurs hypothèques de même ou de différente nature peuvent être cumulées sur un seul immeuble; et les divers créanciers auxquels elles appartiennent, peuvent venir s'inscrire simultanément. La priorité de l'hypothèque attribuée à celle de l'Inscription, aurait pu faire naître des difficultés. Cet article les prévient : il ne veut pas que, dans ce cas, la priorité de l'hypothèque soit réglée, ni par celle de l'écriture, ni par l'instant mathématique où l'acte a été présenté à l'Inscription : il attribue une hypothèque de même date et de même rang à tous les créanciers inscrits le même jour, sans distinction entre l'Inscription du matin et celle du soir, quand bien même cette différence se trouverait précisée par le conservateur.

Le législateur a fait plus : il a prévu les embarras que pouvait éprouver un conservateur des hypothèques, pour inscrire matériellement sur le registre à ce destiné, tous les bordereaux de créance qui lui seraient présentés le même jour. Il l'a obligé, par l'art. 2200, d'avoir un registre sur lequel il doit inscrire jour par jour, et par ordre numérique, les remises qui lui sont faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits, et de donner au requérant une reconnaissance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite. Il enjoint au conservateur de transcrire les actes de mutation, et d'inscrire les bordereaux sur les registres à ce destinés, à la date et dans l'ordre des remises qui lui en auront été faites.

L'effet de cette identité d'hypothèque entre plusieurs créanciers, sera de faire concourir les Inscriptions qui seront faites le même jour, sans considérer l'ordre de l'écriture ni le moment du jour où elles ont été faites; ils seront tous alloués dans le même rang; et si les sommes à distribuer étaient insuffisantes pour les remplir du montant entier de leurs créances, elles seraient réparties par contribution, c'est-à-dire, proportionnellement au montant de chaque créance.

Il est manifeste, au surplus, que cette mesure ne peut s'appliquer à diverses créances inscrites le même jour, que lorsque les hypothèques qui les accompagnent, sont de telle nature que leur rang devra être fixé pour celui de l'Inscription. Si on avait inscrit le même jour une hypothèque ordinaire, une hypothèque légale d'une femme, et un privilége, l'hypothèque légale de la femme, en remontant au jour du contrat de mariage, obtiendrait la préférence sur l'hypothèque ordinaire, et le privilége obtiendrait la préférence sur l'une et sur l'autre hypothèque. [[*V.* l'article *Date*, n°. 3.]]

III. L'art. 2146 contient principalement les

regles et les formes à suivre dans l'Inscription des hypothèques. Cet article est ainsi conçu :

« Pour opérer l'Inscription, le créancier représente, soit par lui-même, soit par un tiers, au conservateur des hypothèques, l'original en brevet, ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége, ou à l'hypothèque.

» Il y joint deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre;

» Ils contiennent,

» 1°. Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui, dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau;

» 2°. Les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque;

» 3°. La date et la nature du titre;

» 4°. Le montant du capital des créances, exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels, ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée, comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité;

» 5°. L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilége ou son hypothèque.

» Cette dernière disposition n'est pas nécessaire dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires : à défaut de convention, une seule Inscription, pour les hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau ».

La loi du 11 brumaire an 7 contenait des dispositions littéralement semblables, à quelques différences près, que nous ferons remarquer. Cette dernière loi, pendant un règne de cinq ans, a vu naître plusieurs contestations au sujet de l'observation des formalités de l'Inscription hypothécaire. Il ne sera pas inutile de consulter les derniers arrêts qui les ont vidées, pour reconnaître jusqu'à quel point d'exactitude et de ponctualité, les tribunaux supérieurs exigent l'observation de ces formalités.

L'un des arrêts de la cour de cassation, où les principes nous ont paru le mieux développés, est celui du 22 avril 1807. M. Daniels, substitut de M. le procureur général, portant la parole, reconnut qu'en règle, les formalités auxquelles a été soumise l'Inscription hypothécaire, devaient, de leur nature, être observées à peine de nullité : mais il lui parut impossible de ne pas admettre des exceptions dans les cas où, aucun intérêt étranger n'étant blessé, la nullité n'est, ni prononcée par la loi, ni conseillée par l'équité. Il donna pour exemple de ces cas celui de l'omission des prénoms, de la profession, etc.

L'arrêt pose en principe que les formalités qui tiennent à la substance des actes, sont de rigueur, et doivent, même dans le silence de la loi, être observées à peine de nullité. Il applique ce principe aux formalités qui concernent l'Inscription hypothécaire, et particulièrement à celle qui exige la déclaration de la date du titre ou de l'époque à laquelle l'hypothèque a pris naissance. (*V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 3.)

Un arrêt postérieur de la même cour, du 7 septembre 1807, professe la même doctrine. (*V. ibid.*, n°. 4.)

La jurisprudence paraît fixée par ces arrêts. Mais il reste encore une difficulté, celle de savoir quelles sont ces formalités substantielles dont l'observation est exigée avec tant de rigueur. Nous allons les analyser; et dans l'examen successif de chacune de ces formalités, nous tâcherons de donner une idée juste de son importance et du degré de sévérité que l'on doit apporter dans les preuves de son exécution.

IV. Nous avons déjà vu plus haut que les Inscriptions doivent être faites au bureau de la conservation des hypothèques, dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége et à l'hypothèque. L'art. 16 de la loi du 11 brumaire de l'an 7 contenait la même disposition.

Cette première formalité, si l'on peut lui donner ce nom, doit être exécutée avec la plus grande rigueur. C'est sur la démarcation des arrondissemens que repose tout le système hypothécaire. La publicité, qui en est l'âme, ne peut se réaliser qu'à l'aide de cette démarcation, qui renferme, dans des limites invariables, une certaine étendue de propriétés territoriales, et qui fournit les moyens de reconnaître si une partie quelconque de ces propriétés est grevée d'hypothèque.

Nul motif ne peut faire étendre les effets de l'Inscription à un immeuble situé dans un arrondissement autre que celui où l'Inscription a été faite. Il peut arriver que le débiteur ait soumis à l'hypothèque un domaine

entier, situé sur les limites de deux arrondissemens, et dont les dépendances se trouvent, partie dans l'un, partie dans l'autre arrondissement. L'Inscription prise par le créancier dans l'un des arrondissemens, fût-il celui qui renferme le chef-lieu de l'exploitation, ne pourrait s'étendre aux dépendances de ce domaine situées dans l'arrondissement voisin. Il faudrait prendre une seconde Inscription sur ces derniers immeubles, dans l'arrondissement où ils sont situés, pour compléter l'hypothèque à laquelle ils ont été soumis.

V. Pour opérer l'Inscription, dit l'art. 2148, le créancier représente, *soit par lui-même, soit par un tiers*, au conservateur des hypothèques l'original en brevet, etc.

On peut se demander en premier lieu, si tout créancier peut représenter le titre par lui-même, et requérir Inscription; en second lieu, si un créancier peut représenter et requérir par un tiers qui n'aurait pas une procuration ni un pouvoir légal; en troisième lieu, si un tiers, n'ayant ni l'une ni l'autre des qualités que nous venons d'énoncer, peut représenter le titre et requérir l'Inscription pour le créancier.

Tout créancier ayant le libre exercice de ses droits, peut évidemment représenter par lui-même le titre de sa créance et requérir Inscription.

Il est tout aussi incontestable que ceux qui ont une mission légale pour administrer les biens d'une personne incapable d'agir par elle-même, peuvent représenter le titre au nom de cette personne, et requérir l'Inscription. Tels sont les tuteurs, les maris, les préposés à l'administration des biens d'un absent (1) les héritiers bénéficiaires, les curateurs à une succession vacante, les syndics d'une faillite: non-seulement ils le peuvent, mais encore ils le doivent, sous peine de répondre du dommage qui pourrait résulter de leur négligence.

Les doutes ne peuvent tomber que sur le mineur, sur l'interdit, et sur la femme mariée, qui voudraient requérir personnellement l'Inscription de leur créance sur un tiers, savoir, les deux premiers, sans l'intervention du tuteur, et la dernière sans l'autorisation du mari.

Nous pensons qu'ils le pourraient, parceque cet acte n'entraîne à leur égard ni contrat ni obligation, et qu'au contraire il n'a pour but que de consolider une créance qui leur appartient, parceque le vœu de la loi est rempli lorsque la créance et l'hypothèque qui y est attachée, ont acquis la publicité nécessaire pour mettre les tiers à l'abri des surprises; parcequ'enfin, l'art. 2139 permet nominativement aux femmes et aux mineurs de requérir Inscription de leur hypothèque légale sur les biens du mari ou du tuteur, lorsque le défaut d'Inscription ne pourrait leur nuire, et que nulle raison ne peut faire supposer que la loi ait voulu leur refuser cette faculté, lorsqu'il s'agit d'une créance hypothécaire qui ne peut être accordée ni acquérir de rang que par l'Inscription.

Nous avons vu que ceux qui sont préposés à l'administration des biens d'une personne incapable, peuvent requérir Inscription pour elle, ou, en d'autres termes, que l'incapable peut requérir par leur organe. Mais le créancier pourra-t-il requérir par l'organe d'un tiers qui ne serait pas muni d'une procuration écrite?

Nous pensons qu'il le peut. Le Code civil et la loi du 11 brumaire de l'an 7, qui ont employé l'un et l'autre la même expression, semblent l'avoir choisie pour indiquer qu'il n'est pas nécessaire que le tiers chargé de requérir l'Inscription, soit nanti d'une procuration. Dans un grand nombre de circonstances où la procuration était nécessaire pour la validité de l'acte, la loi a exigé son exhibition ou son adjonction. Puisque, dans ce cas, elle n'a pas parlé de procuration, qu'elle n'a pas même qualifié de procureur ou de mandataire, le tiers chargé de requérir l'Inscription, on doit croire qu'elle a regardé comme superflue une procuration écrite.

Il y a plus de difficulté à savoir si un tiers sans procuration écrite ni verbale de la part du créancier, peut validement prendre une Inscription au nom de ce créancier.

On pourrait regarder cet acte, de la part d'un étranger, comme une gestion utile des affaires d'autrui; et sous ce point de vue, l'Inscription faite par un tiers, pourrait passer pour licite et pour valide, si d'ailleurs elle était accompagnée de toutes les autres formes nécessaires pour sa validité.

(1) [[Ce ne sont pas seulement *les préposés à l'administration des biens d'un absent* qui ont qualité pour prendre en son nom des Inscriptions hypothécaires : l'art. 114 du Code civil porte que *le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes;* et de-là il suit évidemment que les procureurs du roi ont qualité pour prendre, au nom des absens présumés, les Inscriptions nécessaires à la conservation de leurs créances.]]

Mais en examinant de plus près la nature des affaires qui sont susceptibles d'être gérées par autrui, on aura de la peine à faire entrer dans cette classe, l'Inscription d'une créance appartenant à autrui.

En considérant, dans l'art. 1375 du Code, les engagemens du maître dont l'affaire a été bien administrée, on découvre la nature des affaires qui peuvent être gérées par des tiers, et qui donnent naissance à ces engagemens. « Le maître (dit cet article) dont l'affaire a » été bien administrée, doit remplir les en- » gagemens que le gérant a contractés en son » nom, l'indemniser de tous les engagemens » personnels qu'il a pris, et lui rembourser » toutes les dépenses utiles ou nécessaires » qu'il a faites ».

On voit, disons-nous, que le législateur a eu en vue la culture d'un domaine, l'entretien d'une manufacture, la réparation ou la reconstruction d'un bâtiment, et les autres affaires du même genre entreprises par un tiers pour l'intérêt du propriétaire, sans mandat de celui-ci. C'est à la gestion de ces sortes d'affaires que s'appliquent parfaitement et exclusivement les obligations imposées au maître par l'article cité. Si le gérant a fourni de l'argent pour ces divers objets, le maître doit le lui rembourser; si le gérant a contracté des engagemens personnels, comme s'il s'est personnellement soumis à la garantie envers les personnes auxquelles il a vendu des animaux provenant du domaine, ou des marchandises provenant de la manufacture, le maître doit l'indemniser; enfin, si le gérant, annonçant sa simple qualité de gérant officieux, a engagé le maître à payer à un architecte le prix des réparations ou des constructions d'un bâtiment, le maître devra remplir ces engagemens.

Mais cet article ne dit ni ne suppose qu'un gérant, sans pouvoir ni mandat, puisse exercer les droits du maître contre son débiteur et d'autres personnes co-intéressées, ni qu'il puisse stipuler pour ce maître; au contraire, l'art. 1119 proclame le principe qu'on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même. Personne ne peut non plus agir en justice qu'en son propre nom et par le ministère d'un avoué spécialement constitué; ce qui avait introduit dans l'ancienne pratique cette vieille maxime : *Personne ne peut plaider par procureur que le roi.* L'Inscription, quoique extrajudiciaire, est un acte de procédure dirigé contre le débiteur et contre les autres créanciers de ce dernier : elle est aussi un acte spontané qui tend à donner à l'hypothèque son complément. Elle doit donc, sous ce double rapport, émaner directement de la volonté personnelle du créancier.

Ces motifs ne sont pas les seuls qui viennent à l'appui de cette dernière opinion.

L'art. 2139, comme nous l'avons déjà vu, permet nominativement aux amis du mineur de requérir l'Inscription de l'hypothèque légale qu'il a sur les biens du tuteur, et nous avons cru devoir dénier cette même faculté aux amis, soit du mari, soit de la femme, pour ce qui concerne l'hypothèque légale de cette dernière sur les biens du mari, attendu que la loi ne l'avait pas accordée : à plus forte raison devra-t-on la refuser à un gérant spontané qui, sans mandat ni pouvoir, voudrait inscrire l'hypothèque d'un créancier, dans l'intérêt duquel il ne peut invoquer d'autre titre que celui d'*ami*.

Enfin, l'art. 778 du Code de procédure dit que tout créancier pourra prendre Inscription pour conserver les droits de son débiteur. Nous tirerons encore de cet article la même conséquence, et nous dirons que, par cela même que la loi n'autorise que les créanciers seuls à prendre Inscription pour leur débiteur, elle exclut de cette faculté toute autre personne qui n'aurait ni le titre de créancier, ni aucun autre pour inscrire une créance hypothécaire appartenant à autrui.

Il paraît donc constant que le créancier doit requérir l'Inscription, ou par lui-même, ou par ceux qui ont reçu de la loi le pouvoir de la faire pour lui, comme les tuteurs, curateurs, administrateurs, ou même les propres créanciers, ou enfin par un procureur muni d'un mandat écrit ou verbal.

Cependant il est facile de prévoir que, quelque vraie que soit cette doctrine, on n'en fera pas dans l'usage une sévère application.

Un créancier, plein de confiance dans la solvabilité de son débiteur, a différé, par ménagement, de faire son Inscription. Pendant que le créancier est en voyage, des événemens annoncent qu'il n'y a pas un moment à perdre pour consolider sa créance. Les membres de la famille présentent le titre avec les bordereaux et requièrent l'Inscription au nom du véritable créancier. Le conservateur fait l'Inscription aussitôt qu'elle est requise. Elle ne l'aura pas été par le créancier, ni par des personnes qui eussent de lui un pouvoir écrit ni verbal; et néanmoins il sera bien difficile de quereller la validité de cet acte; il le sera d'autant plus, que, si les bordereaux et l'Inscription sur les registres ne contiennent précisément que ce

que la loi exige, on n'y trouvera aucune mention de la personne qui a présenté et retiré les bordereaux.

Nous avons cherché à démontrer le véritable esprit de la loi : nous avons soulevé le voile qui couvre les difficultés qu'elle trouvera dans son application. Nous nous abstiendrons de pousser plus loin nos recherches; il est réservé à la conscience des juges de résoudre les difficultés de ce genre.

Nous revenons à l'art. 778 du Code de procédure, qui permet au créancier de prendre Inscription pour conserver les droits de son débiteur. L'on trouve une disposition à peu près semblable dans l'art. 499 du Code de commerce, qui déclare que les syndics seront tenus de requérir l'Inscription aux hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a été requise par ce dernier, et s'il a des titres hypothécaires. L'article ajoute que l'Inscription sera reçue au nom des agens et des syndics, qui joindront à leurs bordereaux un extrait des jugemens qui les auront nommés. Ces dispositions sont une conséquence de l'art. 1166 du Code civil, portant que les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur.

Aucun de ces trois Codes ne distingue ni la qualité ni le titre de la créance de celui qui voudra exercer les droits de son débiteur : nous en concluons que quiconque a une créance, jouit de cette faculté, sans distinguer si la créance est établie par un titre authentique ou par un titre privé, si elle dérive d'un contrat, d'un jugement, d'une donation ou de toute autre cause.

L'art. 778 du Code de procédure ne prescrit aucune nouvelle forme particulière pour les Inscriptions que les créanciers prendront pour conserver les droits de leur débiteur. Nous en concluons que ces créanciers peuvent requérir l'Inscription en leurs noms propres; et qu'à cela près, ils doivent représenter le titre avec les bordereaux, énoncer dans ces bordereaux les nom, prénoms, domicile et profession de celui dont ils veulent conserver les droits hypothécaires, et l'élection d'un domicile pour lui dans l'arrondissement du bureau; qu'ils doivent de plus énoncer les nom, prénoms, domicile et profession du débiteur grevé d'hypothèque, la date et la nature du titre, le montant de la créance, l'époque de son exigibilité; qu'ils doivent également énoncer l'espèce et la situation des biens sur lesquels ils entendent conserver l'hypothèque appartenant à leur propre débiteur; et qu'ils doivent enfin remplir les mêmes formalités que ce dernier aurait dû remplir, s'il eût pris directement et par lui-même son Inscription.

Cette conséquence s'adapte aux Inscriptions prises par les syndics d'une faillite, tout comme à celles prises par un créancier isolé; avec cette différence, néanmoins, que les syndics doivent joindre aux bordereaux un extrait des jugemens qui les nomment, comme le prescrit l'art. 499 du Code de commerce cité plus haut; au lieu que le créancier isolé qui prend une Inscription sur les débiteurs de son débiteur, n'a rien à joindre à son bordereau, d'après l'art. 778 du Code de procédure civile.

[[L'usufruitier d'une créance hypothécaire a-t-il qualité pour la faire inscrire, non-seulement dans l'intérêt de son usufruit, mais encore dans celui de la nue propriété?

V. ci-après, n°. 8, les conclusions du 15 mars 1809, et l'arrêt de la cour de cassation du même jour. *V.* aussi l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 2.]]

VI. L'inscrivant doit représenter au conservateur des hypothèques, l'original, en brevet ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége ou à l'hypothèque. La loi du 11 brumaire an 7 mettait à cette règle une exception que nous retrouvons aussi dans l'art. 2153, pour ce qui concerne les hypothèques légales de l'Etat, des mineurs et des femmes, sur les biens des comptables, des tuteurs et des maris. La formalité dont il est question ici, ne regarde donc que les hypothèques conventionnelles et judiciaires en général. Mais, parmi les hypothèques légales, elle ne peut s'appliquer qu'à l'hypothèque du légataire sur les immeubles de la succession, qui est la seule de ce genre qui ne soit pas comprise dans l'exception.

Cette représentation du titre doit-elle être regardée comme une formalité substantielle?

Nous croyons bien que le conservateur auquel on représenterait deux bordereaux isolés, sans être accompagné du titre, pourrait refuser de les recevoir et de les inscrire sur ses registres; le créancier ne représentant pas tout ce que la loi exige de lui, le conservateur n'est pas obligé de déférer à sa réquisition. Mais si, sans s'arrêter à cette omission, le conservateur recevait les bordereaux revêtus de toutes les formes qui leur sont propres, et les inscrivait sur ses registres, il nous paraîtrait bien étrange que l'on pût arguer, avec succès, cette Inscription de nullité.

Quelle influence peut avoir, en effet, l'ad-

jonction du titre? Il n'est pas représenté au conservateur pour le rendre juge de sa validité; cela ne le regarde en rien. Le conservateur ne pourrait pas même s'ériger en vérificateur de la conformité du titre avec les bordereaux qui y sont joints, et refuser l'Inscription sous prétexte que cette conformité n'existerait pas. La loi ne lui a pas donné cette mission. Elle ne lui a attribué qu'un ministère passif, et elle lui a défendu de refuser ni retarder, dans aucun cas, soit la transcription des actes de mutation, soit l'Inscription des droits hypothécaires, soit la délivrance des certificats requis. (Art. 2199.)

L'Inscription est la seule chose qui doive, d'après la loi, rester exposée aux regards du public. C'est de la régularité de l'Inscription, et du bordereau dont elle est extraite, que dépend son efficacité.

Quant à la représentation du titre, il ne doit en rester aucune trace, ni dans le bordereau, ni dans l'Inscription, ni dans le certificat d'Inscription mis au bas du bordereau rendu au créancier, ni dans aucun des actes écrits qui tendent à opérer l'Inscription, si du moins leur contexte est borné à ce qui est prescrit par la loi. Ainsi, lorsque la loi n'a pris aucune mesure pour constater la représentation du titre, il est impossible de concevoir qu'elle ait voulu attacher la peine rigoureuse de la nullité à l'inobservation de cette formalité si fugitive, et, nous osons le dire, presque surabondante, puisque les bordereaux et l'Inscription qu'on en fait dans le registre, présentent le nom du créancier, celui du débiteur, la date et la nature du titre, le montant de la dette, l'époque de son exigibilité, l'indication des biens hypothéqués, et tout ce qu'il importe réellement aux tiers de connaître du contenu du titre.

Nous pensons, d'après ces motifs, que, si une Inscription était d'ailleurs régulière, on ne pourrait pas lui reprocher le défaut de représentation du titre, parceque l'omission de cette formalité ne pourrait, ni être prouvée par les actes dans les cas ordinaires, ni opérer la nullité de l'Inscription.

[[Cette doctrine est confirmée par deux arrêts de la cour de cassation, l'un, du 14 avril 1817, rapporté ci-après, §. 8 *bis*, n°. 15; l'autre, dont voici l'espèce.

Le 5 octobre 1779, acte notarié par lequel, d'une part, la veuve Duquerny cède aux sieur et dame de Saint-Riquier, une habitation située à la Guadeloupe, à la charge de payer à son acquit toutes les dettes d'une succession qu'elle a précédemment recueillie; et de leur côté, les sieur et dame de Saint-Riquier lui accordent une hypothèque générale sur tous leurs immeubles, pour sûreté de l'obligation qu'ils contractent envers elle.

Le 18 février 1812, les héritiers de la dame Duquerny prennent une Inscription sur les biens des sieur et dame de Saint-Riquier, et ils la prennent en vertu de cet acte, mais sans en représenter une expédition authentique, et sur la seule exhibition d'une copie qui leur en avait été signifiée par le ministère d'un huissier.

La veuve de Saint-Riquier demande la main-levée de cette Inscription qu'elle attaque comme nulle, faute d'avoir été prise, ainsi que le prescrit l'art. 2148 du Code civil, sur la représentation, soit de l'original en brevet, soit d'une expédition authentique de l'acte du 5 octobre 1779.

Le 3 août 1818, jugement de la sénéchaussée de la Pointe-à-Pitre, qui effectivement annulle l'Inscription comme prise en contravention à l'art. 2148.

Et sur l'appel, arrêt du conseil supérieur de la Guadeloupe, du 9 décembre de la même année, qui, par le même motif, confirme ce jugement.

Mais les héritiers de la veuve Duquerny se pourvoient en cassation; et, par arrêt du 18 juin 1823, au rapport de M. Rupérou,

« Vu l'art. 2148 du Code civil.....;

» Attendu, en fait, que la dame veuve de Saint-Riquier n'avait pas contesté l'existence de l'acte du 5 octobre 1779, et que d'ailleurs elle aurait d'autant moins pu la contester de bonne foi, qu'elle avait elle-même stipulé conjointement et solidairement avec son mari;

» Attendu, en droit, que, si la disposition de l'art. 2148 porte que, pour opérer l'Inscription, le créancier représente au conservateur des hypothèques ou l'original en brevet, ou une expédition authentique du titre, nulle part le législateur ne prescrit aucune mesure pour constater cette représentation; d'où l'on doit induire qu'il n'a pas considéré cette formalité comme *substantielle*, et que, par conséquent, il n'a pas voulu attacher à son inobservation la peine rigoureuse de la nullité;

» Qu'il suit de là qu'en déclarant l'Inscription dont il s'agit, quoique d'ailleurs régulière, nulle et de nul effet par cela seul qu'une expédition authentique du titre n'avait pu être représentée au conservateur, bien qu'il ne fût résulté de cette omission aucun préjudice contre la veuve de Saint-Riquier, l'arrêt dénoncé a ajouté à la loi et commis un excès de pouvoir:

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... (1) ».]]

VII. Le créancier inscrivant doit représenter au conservateur, avec le titre, deux bordereaux écrits sur papier timbré, dont l'un peut être porté sur l'expédition du titre.

La représentation des bordereaux est une formalité vraiment substantielle : c'est du bordereau que le conservateur extrait l'Inscription qu'il fait sur son registre; et il lui serait impossible de faire une Inscription, sans avoir le bordereau qui lui sert de type.

Quant à l'Inscription de la remise du bordereau sur un registre numéroté, et à la reconnaissance de cette remise qui doit être délivrée par le conservateur, ce sont des formalités nouvelles qui étaient étrangères à la loi du 11 brumaire an 7 et qui ont été introduites par l'art. 2200 du Code civil, pour prévenir la confusion qui pourrait naître de l'apport simultané d'un certain nombre de bordereaux contre le même débiteur. Il pourra arriver, quoique bien rarement sans doute, qu'un conservateur, sans s'occuper de constater la remise des bordereaux, les inscrive directement et immédiatement sur le registre des Inscriptions; mais on ne peut penser que l'omission de cette formalité pût nuire à l'Inscription, surtout si cette Inscription se trouvait la seule faite dans le même jour. Et quand il y aurait plusieurs Inscriptions faites dans un même jour, cette omission ne pourrait donner lieu à contestation qu'entre les créanciers inscrits dans ce même jour : elle resterait étrangère aux autres créanciers.

VIII. Les bordereaux doivent contenir les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection d'un domicile pour lui, dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau.

Les bordereaux doivent être conçus de manière à faire connaître au public les hypothèques dont un fonds est grevé; et pour remplir ce but, le législateur a voulu qu'ils désignassent le créancier, le débiteur, la date et la nature du titre, le montant de la dette, l'espèce et la situation des immeubles hypothéqués.

On désigne ordinairement une personne dans les actes solennels, par son nom, ses prénoms, son domicile et sa profession. Et notre article a voulu que la désignation du créancier se fît de cette manière; mais chacune de ces désignations est-elle absolument essentielle pour la validité de l'Inscription?

1°. Celle du nom est nécessaire : il serait impossible, dans la plupart des cas, et très-difficile dans tous, de désigner une personne de manière à la rendre reconnaissable, si on ne l'appelait pas par son nom (1).

Un arrêt de la cour de cassation, du 8 septembre 1807, rapporté au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 4, l'a jugé ainsi en principe.

On prétend même qu'il a été plus loin, et qu'il a décidé qu'une Inscription est nulle, lorsqu'elle est prise au nom des héritiers non désignés nominativement du créancier originaire, quoique d'ailleurs la personne de celui-ci y soit suffisamment indiquée. Mais nous ne saurions croire qu'il ait poussé le rigorisme jusqu'à ce point (2).

Nous allons voir, en effet, dans l'art. 2149, que les Inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée, pourront être faites sous la simple désignation du défunt. Il est sensible qu'il importe bien plus au public de connaître au vrai la personne du débiteur, que celle du créancier. C'est avec le débiteur que les tiers peuvent avoir le dessein ou le projet de contracter. Leur sûreté exige qu'avant de former des engagemens, ils sachent d'une manière bien positive, quelle est la personne,

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, année 1823, page 175.

(1) [[Que faudrait-il décider si le nom sous lequel le créancier est inscrit, n'était pas le sien ? *V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n. 5.]]

(2) [[En effet, vérification faite du bordereau de l'Inscription de laquelle il s'agissait dans l'espèce de cet arrêt, on trouve que cette Inscription avait été prise au *profit de la succession de Jeanne Cuvelier, veuve Guillaume Guillaudeu,* DÉCÉDÉE DANS L'INDE, *à la requête de Joseph Simon Le Febvre, demeurant à Paris, rue du Chapon, n°. 192..., faisant ladite Inscription comme chargé par les héritiers, ou représentans de ladite veuve Guillaudeu..., qui pour la plupart sont dans l'Inde;* et il est sensible que l'arrêt a pu être déterminé, non pas par la circonstance que l'Inscription avait été prise au nom de la succession de la veuve Guillaudeu, mais par celle que les mots *décédée dans l'Inde*, ne désignaient pas assez précisément le domicile de cette veuve et ne la faisaient pas suffisamment connaître. Il ne faut donc pas tirer cet arrêt hors de son espèce.

On trouvera de plus grands détails sur cette affaire, dans le plaidoyer du 15 mai 1809, rapporté après, à la fin de ce n°.]]

de ce débiteur, et si les biens qu'elle offre en gage, sont grevés ou non d'hypothèques. Si une Inscription est prise simplement sur les biens et sur le nom du débiteur originaire décédé, sans désignation des héritiers, ceux-ci pourront porter un nom différent de celui de leur auteur; le tiers qui ignorera leur qualité et les titres auxquels ils possèdent les biens dépendans de la succession, n'apercevra pas dans l'Inscription que ces biens sont hypothéqués, et pourra se prendre au piége; tandis que l'existence d'une hypothèque sur les biens offerts en gage, étant énoncée par l'Inscription, suffira pour tenir ce tiers dans une juste défiance, lors même que le créancier auquel l'hypothèque appartient, ne serait pas bien clairement désigné.

Le cas de l'art. 2149 est donc bien moins favorable que celui dont il s'agit; et cette considération nous porte à croire qu'il y aurait une extrême rigueur à annuler une Inscription prise sous le nom collectif des héritiers du créancier décédé, uniquement parceque ces héritiers n'auraient pas été désignés sous leurs noms et prénoms, si d'ailleurs le bordereau contenait exactement le nom, le prénom et la profession qu'avait le créancier originaire pendant sa vie.

2°. La désignation du prénom est encore prescrite par l'art. 2148; et remarquons bien que, dans cet article, comme dans le 17°. de la loi du 11 brumaire an 7, le mot *prénom* est au singulier. C'est déjà une preuve bien claire qu'il n'est pas d'une nécessité rigoureuse d'exprimer dans l'Inscription tous les prénoms qui ont été donnés au créancier par son acte de naissance, et qu'on remplit suffisamment le vœu de la loi en y exprimant celui de ses prénoms sous lequel il est le plus connu.

Mais il y a plus : un créancier peut, par une Inscription hypothécaire, se faire suffisamment connaître, sans désigner même un de ses prénoms: et dans ce cas, quelle raison y aura-t-il de ne pas maintenir l'Inscription? Le but de la loi n'est-il pas rempli, lorsque l'Inscription contient, indépendamment d'un prénom quelconque du créancier, des indices suffisans pour reconnaître le propriétaire de la créance énoncée dans ce titre?

3°. Cette dernière réflexion s'étend d'elle-même à l'omission ou à l'inexactitude de la mention de la profession.

[[Et la cour de cassation l'a ainsi jugé dans l'espèce suivante.

Le 29 fructidor an 8, le sieur Darmond, coutelier à Besançon, prend une Inscription hypothécaire sur une maison située en cette ville.

En 1807, les sieurs Goumey et Pouguet demandent la nullité de cette Inscription, sur le fondement que le sieur Darmond n'y a pas énoncé sa profession de coutelier.

Le 23 mars 1808, jugement du tribunal civil, qui déclare l'Inscription valable.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Besançon, qui réforme ce jugement et annulle l'Inscription,

« Attendu qu'il est de l'essence d'une Inscription de contenir toutes les énonciations exigées par l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7; que la distinction faite par les premiers juges entre les formalités substantielles et celles accidentelles, est arbitraire, puisque cette loi ne renferme pas une telle distinction;

» D'où il suit que l'énonciation de la profession du créancier est, comme toutes les autres, constitutive de l'Inscription;

» Qu'il est de principe que les formalités qui sont de la substance des actes, doivent être observées, à peine de nullité, dans le silence même de la loi; qu'ainsi, une Inscription doit contenir toutes les énonciations prescrites par la loi du 11 brumaire, à peine de nullité, lors même que cette loi ne prononce pas textuellement cette peine; ce qui est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la cour de cassation, ainsi qu'à l'art. 2 de la loi du 4 septembre 1807;

» Enfin, que, dans le fait, l'intimé exerçait, à l'époque du 29 fructidor an 8, où il a pris son Inscription, la profession de coutelier, puisqu'il s'est qualifié ainsi, et a même rappelé le numéro de sa patente dans les qualités du jugement qu'il a obtenu le même jour au tribunal de commerce; que, dès lors, il aurait dû faire mention de sa profession dans son Inscription ».

Mais le sieur Darmond se pourvoit en cassation contre cet arrêt; et le 1er. octobre 1810, au rapport de M. Boyer,

« Vu l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7;

» Attendu que la désignation de la profession du créancier inscrivant, n'étant pas requise par la loi, à peine de nullité, cette peine ne pourrait être suppléée par le juge, qu'autant que cette désignation pourrait être considérée comme une formalité substantielle et intrinsèque de l'Inscription;

» Mais qu'on ne peut qualifier de formalité intrinsèque et substantielle à l'acte d'Inscription, la désignation de la profession du créancier inscrivant, qui n'en est qu'un accessoire purement accidentel, surtout lorsque, comme dans l'espèce, le débiteur hypothécaire n'a

pu se méprendre et ne s'est aucunement mépris en effet sur la personne du créancier inscrivant;

» Qu'il suit de là qu'en annulant, sur ce seul motif, l'Inscription hypothécaire prise par le demandeur en cassation, la cour d'appel de Besançon a fait, dans l'espèce particulière, une fausse application de l'article cité de la loi du 11 brumaire an 7...;

» La cour casse et annulle.... ».

V. l'arrêt du 3 juin 1811, rapporté au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 5.]]

4°. La désignation du domicile est l'une de celles qui sont propres à faire reconnaître le créancier. Ce n'est que dans cette vue qu'elle est prescrite par la loi, puisque la loi elle-même oblige le créancier inscrivant d'élire un domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement.

Le défaut de désignation du domicile réel ne paraîtrait cependant pas devoir entraîner nécessairement la nullité de l'Inscription. Encore une fois, dès que le créancier est suffisamment connu, le but de la loi est rempli; et l'Inscription doit, de ce chef, avoir son effet.

Cette proposition et celle que je viens d'avancer concernant la mention de la profession du créancier, ont peut-être besoin de quelques développemens. Je vais essayer de justifier le sentiment d'équité qui me les dicte.

Plus j'examine l'art. 2148, plus je me persuade que le législateur a dû et voulu attacher plus d'importance à la désignation précise du débiteur qu'à celle du créancier: et si ce n'est pas dans la lettre de la loi que je puise cette différence, c'est au moins dans son esprit.

La loi a voulu que les hypothèques fussent rendues publiques par la voie de l'Inscription; et cela pour prévenir les dangers auxquels seraient exposés ceux qui traiteraient avec un débiteur grevé de dettes hypothécaires: elle a chargé le créancier de remplir cette formalité, à laquelle est attachée toute l'efficacité de l'hypothèque.

Comment doit être conçue l'Inscription, pour atteindre son but? Elle doit désigner principalement et d'une manière non équivoque, l'immeuble hypothéqué, le montant de la dette, et la personne du débiteur.

Elle doit bien aussi désigner la personne du créancier, ne fût-ce que parcequ'une dette ne peut exister sans une créance corrélative; mais cette désignation n'intéresse nullement le public, auquel il suffit, pour sa sûreté, de savoir qu'un tel domaine appartenant à une telle personne, est grevé d'hypothèques pour sûreté d'une dette de dix mille francs, par exemple; elle est principalement utile au créancier lui-même, pour donner les indices de la notification qui devra lui être faite par les tiers, lorsqu'il sera question de vendre son gage et d'en distribuer le prix.

Dira-t-on que la désignation précise du créancier est nécessaire pour mettre un nouveau prêteur ou un nouvel acquéreur à portée de juger de la validité de la créance? On répondrait qu'il est impossible que des énonciations aussi succinctes que celles qui composent l'Inscription, puissent suffire pour bien reconnaître l'existence ou la validité d'une créance; que le tiers courrait les plus grands risques, en s'avisant de se constituer juge de sa validité sur des indices aussi imparfaits, et que la prudence lui commande de tenir pour vraies et légitimes les créances qu'il trouve inscrites.

Dès qu'il a bien connu la personne du débiteur, l'immeuble hypothéqué, le montant de la dette, et même l'époque de l'exigibilité, il a su tout ce qu'il devait savoir comme nouveau créancier hypothécaire; et il ne peut avoir, en cette qualité, aucun juste motif de se plaindre de l'inexactitude de la désignation du créancier.

Que si, lors de la formation de l'ordre et de la distribution du prix, il vient à découvrir que l'auteur de l'Inscription n'a aucune créance légitime, ou que sa créance est inférieure à la somme énoncée, rien ne l'empêchera de débattre cette créance au fond, mais sans attaquer l'Inscription quant à ses formes. Il attaquera la créance, non en vertu de son hypothèque, puisque tout créancier, même chirographaire, aurait la même faculté, mais en vertu du droit qu'a tout créancier d'exercer les droits de son débiteur, et d'opposer toutes les exceptions que celui-ci pourrait opposer.

Je conclus de là que, si la loi exige la désignation du débiteur et celle du créancier, elle doit avoir eu, à l'égard de l'un, des motifs bien différens de ceux qu'elle avait à l'égard de l'autre.

Mais parcourons encore les divers indices qui composent ces désignations.

Ces indices sont ceux qui ont toujours été pratiqués en France pour désigner les personnes, c'est-à-dire, les nom, prénoms, domicile et profession.

Le nom du créancier doit être indiqué, soit que ce créancier vive encore et soit énoncé comme tel, ou qu'il soit mort et que l'Inscription soit prise au nom de sa succession; ce

nom, dis-je, doit être indiqué : une dette sans désignation de créancier serait une dérision. D'un autre côté, le créancier, étant l'auteur de l'Inscription, doit tout au moins y inscrire son nom.

Je ne saurais être aussi rigide sur le domicile; le créancier doit en élire un pour son propre intérêt; mais je ne saurais entrevoir un seul motif qui puisse rendre nécessaire ou utile la désignation de son domicile réel. Et qu'importe le domicile réel d'un créancier inscrit, aux créanciers qui ont traité après lui avec le même débiteur? Si le créancier inscrivant a omis d'élire domicile, je crois que le tiers-créancier ou acquéreur est dispensé de notifier, soit au domicile élu, puisque je suppose qu'il n'y en a pas, soit au domicile réel, parceque la loi ne l'y oblige pas. Ainsi, le créancier inscrit sans élection de domicile, se présentera spontanément ou ne se présentera pas, lors de la formation de l'ordre. S'il ne se présente pas, il sera déclaré déchu faute de produire : s'il se présente, on discutera ses titres. Quel préjudice auront souffert les tiers? Aucun. Et conséquemment la nullité serait superflue. Le créancier est assez puni de sa négligence par les risques auxquels il s'expose (1).

Quant à la profession, elle est encore bien plus indifférente. L'art. 2148, n°. 2, admet des équipollens pour la profession : *ou une désignation individuelle et spéciale*, dit le texte

(1) A cette doctrine de M. Tarrible sur la validité d'une inscription dans laquelle le créancier n'a pas fait l'élection de domicile prescrite par la loi, est conforme un arrêt de la cour d'appel de Metz, chambres réunies, du 2 juillet 1812, qui infirme un jugement contraire de première instance,

« Attendu, en ce qui touche l'élection de domicile des créanciers requérant l'Inscription dans l'arrondissement du bureau où elle est formée, que cette formalité est purement relative, et qu'elle intéresse seulement le créancier porteur de l'Inscription, à qui ce devoir est imposé pour qu'on puisse l'appeler instantanément, sans peine, ni recherches longues ou dispendieuses, pour obtenir, soit la main-levée des hypothèques, soit la purgation de celles-ci, en cas de vente volontaire ou de poursuites en expropriation forcée;

» Attendu que la seule peine de la négligence à cet égard serait d'éprouver, ou une prétérition légitime de la part des poursuivans l'expropriation, ou la forclusion dans la distribution du prix de la vente, même dans le droit de surenchérir en cas de notification aux autres créanciers dont le domicile eût été pris dans l'arrondissement du bureau des hypothèques;

» Attendu que les seules formalités dont l'inobservance entraîne la nullité dans les actes conservatoires, de même que dans tous les autres dont la nullité n'est pas littéralement prescrite par la loi, sont les formes viscérales, intrinsèques et essentielles;

» Attendu que l'omission de l'élection de domicile est si peu substantielle et intrinsèque, que celle-ci peut se rectifier par un acte subséquent, sans qu'il soit besoin de renouveler l'Inscription;

» Attendu qu'il suffit que la vente, le projet d'ordre et la notification de celui-ci, aient été notifiés aux appelans et par eux connus, pour qu'avant la distribution, ils aient pu se présenter pour demander d'être colloqués dans le rang utile de leurs Inscriptions très-valides en elles-mêmes, malgré l'omission qui leur fut reprochée ».

La même chose avait été jugée précédemment par un arrêt de la cour d'appel d'Angers, du 9 messidor an 9.

Mais la question s'étant représentée depuis devant la cour royale d'Agen, il y est intervenu, le 31 janvier 1815, un arrêt qui a jugé le contraire,

« Attendu que le dernier paragraphe de l'art. 20 de la loi du 11 brumaire an 7, sous l'empire de laquelle ont été prises les Inscriptions de Foucaut et de la dame Narbonne, exige que les actions auxquelles les Inscriptions donneront lieu contre le créancier, soient intentées par exploits faits à sa personne ou au dernier domicile par lui élu; qu'il s'évince des dispositions de cet article une obligation indispensable d'assigner le créancier ou à personne ou au domicile d'élection; mais qu'il s'ensuit aussi que tous ceux auxquels cette obligation est imposée, doivent toujours être libres de choisir, à volonté, l'une ou l'autre de ces deux alternatives; qu'il faut donc en conclure que les tiers qui peuvent éprouver un préjudice sensible par les retards que leur occasionerait souvent une assignation à personne, sont fondés à attaquer, pour cause de lacune et d'irrégularité très-dommageable à leurs intérêts, l'Inscription qui ne contient point l'indication d'un domicile d'élection auquel ils puissent faire, avec célérité et sans embarras, toutes les significations nécessaires;

» Attendu que, si la loi du 11 brumaire de l'an 7, ne prononce pas la peine de nullité pour l'omission de l'élection de domicile, on ne peut pas en induire que le défaut d'accomplissement de cette formalité ne soit point susceptible d'entraîner l'annullation d'une Inscription, dès qu'il est impossible de se dissimuler que cette omission se rattache, de la manière la plus intime, à l'essence de l'Inscription hypothécaire : en effet, l'élection de domicile dans l'arrondissement est tellement substantielle, que son omission peut seule arrêter et suspendre la marche régulière et prompte que le législateur a voulu imprimer aux procédures en expropriation forcée. L'art. 695 du Code de procédure exige, à peine de nullité, qu'un exemplaire du placard soit notifié aux créanciers *aux domiciles élus par leurs Inscriptions*. L'art. 2152 du Code civil n'autorise celui qui a requis une Inscription à changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, qu'à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement; et comme les lois s'entr'aident et se prêtent un mutuel secours, il devient certain que l'élec-

telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque. Le n°. 1 du même article n'admettant pas les mêmes équipollens à l'égard du créancier, l'omission ou une fausse désignation de la profession vicierait donc l'Inscription? Ces rapprochemens font sentir de plus en plus combien ce rigorisme serait injuste et funeste.

Enfin, que répondra-t-on à cet argument? L'art. 13 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, dit que les actes contiendront les *nom, prénoms, qualité et demeure des parties.* Et cet article n'est pas du nombre de ceux dont les dispositions doivent, d'après l'art. 68, être observées à peine de nullité. Ainsi, un acte de prêt, qui ne contiendrait ni le prénom, ni le domicile, ni la professsion du prêteur, ne serait pas nul; il vaudrait même comme acte notarié : et l'Inscription, qui n'est que l'extrait substantiel des énonciations contenues dans le même acte, serait nulle, pour n'y avoir pas inséré des désignations qui ne sont pas dans l'acte lui-même? Cela me paraît impossible.

Et qu'on ne dise pas que l'arrêt de la cour de cassation, du 8 septembre 1807, entendu, comme j'ai dit plus haut qu'on doit l'entendre, condamne ma doctrine. Cet arrêt doit, comme tous les autres, être restreint à son espèce précise. Or, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, une circonstance particulière concourait avec le défaut de désignation du domicile de la veuve Guillaudeu, pour jeter la plus grande incertitude sur son individualité : c'est que l'Inscription donnait une fausse date au titre en vertu duquel on l'avait prise. Réunie à la fausseté de la date du titre, l'omission du domicile de la veuve Guillaudeu ôtait aux tiers tout moyen de découvrir quel était ce prétendu créancier; et il est très-vraisemblable que, hors le cas de cette double circonstance, l'arrêt cité aurait jugé tout autrement.

Au surplus, l'art. 2152 permet à celui qui a requis une Inscription, ainsi qu'à ses représentans ou cessionnaires par acte authentique, de changer sur le registre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.

Cette seconde indication ne peut avoir d'autre but que celui que se propose la première, et elle doit conséquemment être soumise aux mêmes règles.

[[La cour de cassation a consacré, par un arrêt solennel, les deux points principaux de la doctrine professée dans cet article, par M. Tarrible; savoir :

1°. Qu'une Inscription hypothécaire n'est pas nulle, pour avoir été prise au nom des héritiers non désignés nominativement du créancier originaire, lorsque d'ailleurs la personne de celui-ci est suffisamment indiquée;

2°. Que la désignation du domicile réel du créancier peut être remplacée, dans une Inscription hypothécaire, par des indications équipollentes.

Voici l'espèce de cet arrêt.

Le 7 septembre 1749, contrat de mariage entre Jean-Baptiste-Louis de Clermont-d'Amboise, veuf avec enfans, et Marie-Charlotte de Rohan-Chabot. Assignation d'un douaire de 200,000 livres, dont le fonds sera propre aux enfans, et dont le revenu, de 10,000 livres, appartiendra à la future épouse, qui en jouira, sa vie durant, à compter du jour de la mort du futur époux.

Le 22 août 1758, le mari et la femme vendent au sieur Grimod-d'Orsay la terre de Rupt, appartenante au premier. L'acquéreur retient sur le prix une somme de 200,000 livres dont il s'oblige de payer l'intérêt au denier 5 à la dame de Clermont-d'Amboise (en cas que son mari décède avant elle), pendant

---

tion de domicile dans l'arrondissement où le créancier veut exercer ses droits, est une formalité substantielle dont l'omission entraîne nécessairement une nullité ».

Cet arrêt a été attaqué par un recours en cassation, que l'on a fondé principalement sur ce qu'il n'était résulté du défaut d'élection de domicile dans l'Inscription dont il s'agissait, aucun préjudice pour les créanciers inscrits postérieurement qui la contestaient; et l'on a invoqué à ce sujet les arrêts de la cour de cassation des 17 août 1813 et 9 novembre 1815, rapportés à l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 4.

Mais, par arrêt du 2 mai 1816, la section des requêtes a rejeté ce recours, « attendu que l'arrêt, en » déclarant que les art. 17 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7 exigeaient impérieusement que les Inscriptions continssent non-seulement la mention » du domicile réel du créancier, mais en outre celle » d'un domicile élu dans l'étendue du bureau où » l'Inscription est faite, et en déclarant nulle cette » Inscription, parceque cette mention ne s'y trouvait, ni en termes équipollens, ni d'aucune autre » manière, les juges n'ont fait que se conformer au » vœu précis de la loi ».

La cour royale de Douai s'est conformée à cette décision par un arrêt du 7 janvier 1819.

Gardons-nous cependant de regarder la jurisprudence comme fixée par ces trois derniers arrêts. Les raisons de M. Tarrible restent dans toute leur force, et il ne paraît pas douteux que tôt ou tard elles ne prennent le dessus.]]

tout le temps qu'elle vivra, et de rembourser le capital, soit au mari lui-même, s'il survit à sa femme, soit à ses héritiers, ou aux enfans douairiers, s'il en existe à la mort de celle-ci.

En 1761, le sieur de Clermont-d'Amboise meurt sans enfans de son second mariage, mais avec trois enfans du premier, savoir, Jean-Baptiste-Louis, Jacqueline-Josephe-Henriette et Jacques-Louis-Georges.

Sa veuve se remarie avec le maréchal de Beauveau.

En 1792, le sieur Grimod-d'Orsay est inscrit sur la liste des émigrés; et la terre de Rupt est vendue au profit de l'Etat.

Par-là, périt l'hypothèque privilégiée qu'avaient sur cette terre la dame de Beauveau, pour l'usufruit de la somme de 200,000 livres réservée par le contrat du 22 août 1758, et les héritiers du sieur de Clermont-d'Amboise, pour la propriété de la même somme.

Mais reste, sur les autres biens invendus du sieur Grimod-d'Orsay, l'hypothèque générale qui est résultée du même contrat.

En conséquence, le sieur Grimod-d'Orsay ayant été, après la loi du 12 ventôse an 8, rayé de la liste des émigrés, une Inscription hypothécaire est prise, le 15 germinal an 9, au bureau de Versailles, en ces termes :

« Bordereau des créances résultant d'un acte passé devant Bronod et son collègue, notaires à Paris, le 28 août 1758, dûment en forme, au profit de Marie-Charlotte Rohan-Chabot, veuve en premières noces de Jean-Baptiste-Louis Clermont-d'Amboise, et en secondes, de Charles-Juste Beauveau, demeurant à Saint-Germain-en-Laye; et encore au profit de la succession dudit Jean-Baptiste-Louis Clermont-d'Amboise; domicile élu pour lesdites parties à Saint-Germain-en-Laye, chez le cit. Odiot, notaire, rue de la Salle, et à Versailles, chez le cit. Desremeau, aussi notaires, rue de la République, près celle du Commerce;

» Contre Pierre-Gaspard-Marie Grimod Duford-d'Orsay, domicile élu par ledit acte chez le cit. Mosset, quai Malaquais, à Paris;

» Pour sûreté desquelles *elle* requiert l'Inscription de l'hypothèque et privilége résultans du titre sus-énoncé, sur tous les biens présens et à venir du sieur Grimod-Dufort-d'Orsay, situés dans l'étendue du bureau des hypothèques établi à Versailles, département de Seine-et-Oise;

» 1°. Principal exigible 197,530 francs 86 centimes; 2°. intérêts échus 63,209 francs 88 centimes; 3°. frais et mises 500 francs; 4°. deux années d'intérêts légaux, 15.882 francs 46 centimes; total 277,043 francs 20 centimes.

» *Signé* J. N. *Déal, fondé de pouvoir,* rue du Faubourg-Saint-Honoré, à Paris, nos. 39 et 44 ».

Le 10 frimaire an 11, le sieur Grimod-d'Orsay vend au sieur Gabion, moyennant 145,000 francs, la terre de la Plesse située dans l'arrondissement du bureau des hypothèques de Versailles.

Le sieur Gabion fait transcrire son contrat, et le notifie à tous les créanciers inscrits sur la terre de la Plesse. A défaut de surenchère de la part de ceux-ci, un procès-verbal d'ordre est ouvert au greffe du tribunal de première instance de Versailles.

La dame de Beauveau et les descendans de son premier mari, s'y présentent comme créanciers hypothécaires plus anciens et inscrits en temps utile (1).

La dame Testu-Balincourt, qui vient la première après eux, conteste leur Inscription.

Le 19 août 1806, jugement qui déclare valable, quant à la dame de Beauveau, l'Inscription du 15 germinal an 9, mais la déclare nulle quant aux descendans et héritiers médiats du sieur Clermont-d'Amboise,

« Attendu qu'il n'est justifié d'aucune Inscription prise à leur profit; que celle prise par la veuve Beauveau, ne peut profiter qu'à elle seule;

» Que si, à la suite de ses nom, prénoms et demeure, elle ajoute, « et encore au profit » de la succession dudit Jean-Louis Clermont-» d'Amboise », cette indication collective d'héritiers non dénommés est absolument oiseuse, et ne peut suppléer à l'Inscription que devait prendre, en leurs noms individuels, chacun de ceux qui peuvent avoir droit à cette succession, comme représentant Clermont-d'Amboise; tellement qu'il y a plutôt absence et défaut d'Inscription que vice d'Inscription à juger ».

Les descendans du sieur Clermont-d'Amboise appellent de ce jugement; et, par arrêt du 6 juin 1807, la cour de Paris,

« Attendu que Déal, tiers-fondé de pouvoir, a pris l'Inscription dont il s'agit, tant au profit de la douairière pour l'usufruit, qu'au profit de la succession de Jean-Louis Clermont-d'Amboise, pour le fonds et la nue propriété de la créance;

» Attendu que le titre de la créance est un et commun entre toutes les parties;

» Met l'appellation et ce dont est appel au

(1) *V.* la loi du 16 ventôse an 9, rapportée au mot *Hypothèque,* sect. 2, §. 2, art. 2, no. 3.

néant, émendant...., ordonne la collocation des enfans Clermont-d'Amboise ».

La dame Testu-Balincourt se pourvoit en cassation.

« Deux questions (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 15 mai 1809) se présentent dans cette affaire à votre examen : l'Inscription prise au bureau des hypothèques de Versailles, le 15 germinal an 9, sur les biens du sieur Grimod-d'Orsay, est-elle régulière, en tant qu'elle énonce être au profit de la succession du sieur Clermont-d'Amboise ? Si elle est irrégulière de ce chef, a-t-elle pu, par cela seul qu'elle a été valablement prise au nom de la dame de Beauveau, usufruitière du capital de la créance qui en est l'objet, conserver l'hypothèque des héritiers du sieur Clermont-d'Amboise pour la propriété de ce capital ?

» Sur la première question, la demanderesse propose trois moyens pour établir la négative.

» Elle vous dit d'abord qu'à l'époque où a été prise l'Inscription, il n'existait plus de succession du sieur Clermont-d'Amboise; que le sieur Clermont-d'Amboise avait laissé, d'un premier lit, trois enfans qui avaient été, à sa mort, saisis de tous ses biens, les avaient partagés entre eux, et les avaient confondus chacun dans son propre patrimoine; que ces trois enfans étaient eux-mêmes décédés depuis long-temps, lorsqu'a paru la loi du 11 brumaire an 7; qu'ils étaient, à cette époque, représentés par les dames de Choiseul, de la Tour-du-Pin, Letellier, et par le mineur Baleroy; que ces dames et ce mineur étaient créanciers du capital dont il s'agit, non comme héritiers du sieur Clermont-d'Amboise, mais comme héritiers respectifs de leurs ascendans immédiats; que, dès-là, avoir inscrit la succession du sieur Clermont-d'Amboise, c'est avoir inscrit un être moral qui n'existait plus; et qu'une Inscription prise au nom d'un être de raison, ne peut profiter à personne.

» Mais ne peut-on pas répondre que, si les dames de Choiseul, de la Tour-du-Pin, Letellier, et le mineur Baleroy ne sont pas héritiers immédiats du sieur Clermont-d'Amboise, ils sont du moins héritiers de ses héritiers, et qu'ainsi, c'est réellement dans leurs mains que se trouve sa succession ? Vous savez en effet, et la loi 65, D. *de verborum significatione*, dit expressément que *heredis appellatio, non solùm ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur; nam et heredis et deinceps heredis appellatione continetur.* Les dames de Choiseul, de la Tour-du-Pin, Letellier et le mineur Baleroy auraient-ils pu, en acceptant les successions des héritiers immédiats du sieur Clermont-d'Amboise, répudier celle du sieur Clermont-d'Amboise lui-même? Non certainement : *In omni successione* (dit la loi 7, §. 2, *de acquirendâ vel omittendâ hereditate*, au Digeste), *qui ei heres extitit qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem.* Les dames de Choiseul, de la Tour-du-Pin, Letellier et le mineur Baleroy sont donc véritablement héritiers du sieur Clermont-d'Amboise. La succession du sieur Clermont d'Amboise repose donc véritablement sur leurs têtes. C'est donc en leur nom et à leur profit qu'est censée avoir été prise l'Inscription qui l'a été au nom et au profit de la succession du sieur Clermont-d'Amboise. Il n'y a donc pas l'ombre de fondement dans le premier moyen de cassation de la demanderesse.

» Pour deuxième moyen, la demanderesse expose qu'il n'y a pas eu véritablement d'Inscription prise au nom de la succession du sieur Clermont-d'Amboise; que la créance dont la nue propriété appartient à cette succession, a bien été inscrite en son nom, comme en celui de la dame de Beauveau, usufruitière; mais que, dans la réalité, ce n'est qu'au nom de la dame de Beauveau qu'elle peut être censée avoir été inscrite, puisqu'elle ne l'a été par le sieur Déal, qu'en sa qualité de *fondé de pouvoir de la dame de Beauveau.*

» Effectivement, messieurs, la demanderesse représente un extrait collationné par le conservateur des hypothèques du bureau de Versailles, dans lequel il est dit que le bordereau dont l'Inscription existe dans les registres de ce bureau, est signé *Déal, fondé de pouvoir de la dame de Beauveau.*

» Il est vrai que l'arrêt attaqué, en relatant l'Inscription prise par le sieur Déal, ne dit pas qu'il l'a prise comme *fondé de pouvoir de la dame de Beauveau;* mais seulement qu'il l'a prise comme *fondé de pouvoir.* Il est vrai encore, et c'est un fait dont la preuve est au procès, que, dans le double qui est entre les mains du sieur Déal du bordereau de l'Inscription, le sieur Déal n'est point qualifié de *fondé de pouvoir de la dame de Beauveau*, et qu'il n'y est qualifié que de *fondé de pouvoir*, sans addition quelconque.

» Mais nous avons fait examiner par le procureur (du roi) du tribunal de première instance de Versailles, l'original de ce double du bordereau au bureau des hypothèques de cet arrondissement; et ce magistrat nous a attesté avoir reconnu que cet acte porte effectivement les mots, *Déal, fondé de pouvoir de la*

dame de Beauveau; et sans doute, en cas de différence entre les deux doubles d'un bordereau d'Inscription, c'est à celui qui est conservé dans le bureau des hypothèques, que l'on doit s'attacher de préférence.

» Ainsi, il doit demeurer pour constant que l'Inscription n'a été prise par le sieur Déal, qu'en sa qualité de fondé de pouvoir de la dame de Beauveau, ou, ce qui revient au même, que la dame de Beauveau a pris l'Inscription en personne, tant pour elle-même, usufruitière, que pour la succession du sieur Clermont-d'Amboise, nue propriétaire de la créance dont il s'agit.

» Mais de là devons-nous conclure que l'Inscription doit être considérée comme non avenue, relativement à la succession du sieur Clermont-d'Amboise?

» Sans doute, pour prendre une Inscription au nom d'un créancier, il faut en avoir reçu le mandat, soit de lui-même, soit de la loi. Mais l'usufruitier d'une créance n'est-il pas constitué par la loi mandataire du créancier, à l'effet de faire tous les actes conservatoires que la créance peut exiger? Il en doit certainement être de l'usufruitier d'une créance, comme de l'usufruitier d'un bien-fonds : or, la loi 10, §. 7, D. *usufructuarius quemadmodum caveat*, décide littéralement que l'usufruitier d'un bien-fonds, qui en a laissé prescrire la propriété par un tiers, doit en payer la valeur au propriétaire, parceque c'était à lui, comme gardien-né de la chose, à faire les actes nécessaires pour interrompre la prescription : *Interdùm autem inerit proprietatis æstimatio, si fortè fructuarius, cùm posset usucapionem interpellare, neglexit; omnem enim rei curam suscipit; nam fructuarius custodiam præstare debet.*

» Ce n'est pas que l'usufruitier puisse, en son nom seul, agir pour la conservation de la propriété, contre le tiers qui l'usurpe : non; il ne peut, en son nom seul, agir contre ce tiers, que pour la conservation de son usufruit. Mais il doit, pour la conservation de la propriété, agir au nom du propriétaire, et se présenter comme son mandataire-né; c'est ce que fait clairement entendre la loi 1, §. 20, *D. de operis novi nunciatione.* L'usufruitier, dit-elle, ne peut pas faire, en son propre nom, la *dénonciation de nouvel œuvre* (espèce d'action possessoire); mais il peut, ou la faire comme procureur du propriétaire, ou se borner à revendiquer son usufruit contre l'auteur des nouveaux ouvrages qui y préjudicient : *Ususfructuarius autem opus novum nunciare suo nomine non potest : sed procuratorio nomine nunciare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo qui opus novum faciat : quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit opus novum factum non esse.*

» Et il ne faut pas croire, dit Voët (sur le Digeste, titre *de usufructu*, n°. 33), que, par ces termes, *procuratorio nomine*, la loi veuille dire qu'il a besoin d'un mandat spécial du propriétaire, pour agir au nom de celui-ci contre le perturbateur : car, par cela seul qu'il est usufruitier, il est réputé investi par le propriétaire, de la qualité de procureur *in rem suam* pour faire tout ce qu'exige la conservation de la chose soumise à son usufruit : *Etenim ex eo quod procuratorio nomine nunciare dicitur, non satis mandati specialis per proprietarium interponendi necessitas evincitur, cùm eo ipso quod quasi-possessio ususfructuario per cessionem proprietarii quæsita est, in rem suam procurator censeri debeat constitutus ad agenda universa quæ ad rei fructuariæ tendunt conservationem.*

» Aussi Ricard (*du Don mutuel*, traité 1, n°. 284) dit que « la femme, en qualité de » donataire mutuelle par usufruit, doit veiller » à la conservation des choses dont elle n'a » que l'usufruit; c'est pourquoi il a été jugé » en la troisième chambre des enquêtes (du » parlement de Paris) qu'elle avait dû s'op- » poser pour la sûreté des hypothèques, et » empêcher la prescription, comme l'on peut » voir au chap. 28 du liv. 11 du troisième » volume du *Journal des audiences* ».

» Aussi Bourjon (*Droit commun de la France*, tome 2, page 279, édition de 1770) répète-t-il la même chose, en ajoutant qu'*on le juge ainsi au châtelet.*

» Aussi ne doutait-on pas, sous le régime hypothécaire de 1771, que l'usufruitier d'une créance n'eût qualité pour former opposition au sceau des lettres de ratification, non-seulement en son nom privé, mais encore au nom du propriétaire. Écoutons M. Grenier, dans son commentaire sur l'édit de 1771, art. 15, n°. 10 : « On doit remarquer que » le propriétaire d'un droit susceptible d'être » purgé par les lettres de ratification, en est » déchu faute d'opposition, quoiqu'un tiers en » ait l'usufruit, sauf le recours du propriétaire contre l'usufruitier, parceque l'usufruitier *peut et doit former opposition* (1) ».

» Est-ce bien sérieusement que, pour éluder ces principes, on vous a plaidé que la dame de Beauveau n'était pas véritablement usu-

(1) Je reviendrai là-dessus à l'article *Usufruit*, §. 4, n°. 15.

fruitière de la créance de 200,000 livres dont il est ici question?

» On n'a pas osé nier qu'une créance ne puisse, comme un bien corporel, faire la matière d'un usufruit. Eh! comment aurait-on pu méconnaître une vérité aussi constante? La loi 37, D. *de usu et usufructu legato*, décide que, dans le legs de l'usufruit de tous les biens du testateur, est compris l'usufruit de son portefeuille, *ususfructus calendarii*, c'est-à-dire, de l'universalité de ses créances; et certes, si l'on peut être usufruitier de l'universalité des créances d'une personne, il n'y a nulle raison pour qu'on ne puisse pas également l'être de quelques-unes de ses créances particulières. La preuve d'ailleurs que la chose est, non-seulement sans difficulté, mais d'un usage très-habituel, c'est que les art. 582 et 584 du Code civil placent expressément au nombre des objets dont l'usufruitier doit jouir, *les intérêts des sommes exigibles et les arrérages des rentes*.

» Ensuite, que manque-t-il ici pour constituer, au profit de la dame de Beauveau, un véritable usufruit de la somme de 200,000 livres, due par le sieur Grimod-d'Orsay, à la succession du sieur Clermont-d'Amboise?

» Par le contrat de mariage du 7 septembre 1749, le sieur Clermont-d'Amboise s'était obligé de laisser à sa future épouse un douaire, dont il avait fixé le capital à 200,000 livres, avec déclaration expresse que, d'une part, ce capital serait propre aux enfans, s'il en naissait du mariage, et que, de l'autre, le revenu en appartiendrait à la future épouse, qui en jouirait sa vie durant, à compter du jour de la mort du futur époux.

» Si les choses en étaient restées à ce point, nul doute que la dame de Beauveau, étant devenue veuve sans enfans, n'eût eu sur la succession de son mari qu'une rente viagère.

» Mais le sieur Clermont-d'Amboise a fait plus : en vendant la terre de Rupt au sieur Grimod-d'Orsay, le 22 août 1758, il a laissé entre ses mains une somme de 200,000 livres, pour former le fonds du douaire éventuel qu'il avait créé par son contrat de mariage; et il a stipulé, de concert avec son épouse, présente et venderesse comme lui, que son épouse, si elle lui survivait, toucherait pendant sa vie les intérêts de cette somme; et qu'à la mort de celle-ci, cette somme serait remboursée, aux enfans douairiers, s'il y en avait, sinon à ses héritiers.

» Par-là, et par l'arrivée du cas prévu de survie de la dame de Beauveau à son mari, il s'est évidemment opéré une séparation entre la propriété et l'usufruit de la somme de 200,000 livres laissée entre les mains du sieur Grimod-d'Orsay. La propriété de cette somme a bien été transmise aux héritiers du sieur Clermont-d'Amboise, mais elle l'a été sans jouissance actuelle; et qu'est-ce qu'une propriété dont ne jouit pas actuellement celui à qui elle appartient? Rien autre chose qu'une propriété nue. Or, une propriété nue qui existe dans une main, suppose nécessairement un usufruit qui existe dans une autre main. L'usufruit et la propriété nue sont essentiellement corrélatifs. La dame de Beauveau est donc devenue, par la mort de son mari, usufruitière de la créance qu'il avait laissée sur le sieur Grimod-d'Orsay. Elle était donc usufruitière de cette créance, lorsqu'elle a pris une Inscription pour en conserver l'hypothèque. Le deuxième moyen de cassation de la demanderesse est donc insoutenable sous tous les rapports.

» Mais la demanderesse ajoute, et c'est son troisième moyen, que, si l'Inscription a été prise au nom et au profit d'une succession réellement existante, elle doit du moins être considérée comme nulle, par la seule raison qu'elle a été prise au nom et au profit de cette succession, sans désignation individuelle et nominale des héritiers à qui cette succession était dévolue.

» Ceci, messieurs, exige de vôtre part une très-grande attention.

» Pour simplifier la question, divisons-la, et demandons d'abord si l'Inscription serait valable dans le cas où elle eût été prise au nom du sieur Clermont-d'Amboise, sans faire mention de sa mort?

» On ne saurait disconvenir que ce cas eût pu arriver tout naturellement. Le sieur Clermont-d'Amboise aurait pu vivre encore à l'époque de la promulgation de la loi du 11 brumaire an 7, et mourir peu de temps après, loin de son domicile, loin du centre de ses affaires, à l'insu de ceux à qui il en avait confié la gestion, à l'insu de ceux qui devaient lui succéder.

» Quel eût été, dans cette hypothèse, l'effet d'une Inscription qui eût été prise, en son nom, sur des biens inopinément rentrés dans le domaine de son débiteur?

» On peut proposer la même question pour un cas de nature à se présenter tous les jours; un créancier peut mourir à une longue distance du lieu où il plaide contre ses débiteurs, du lieu où ses débiteurs possèdent des biens susceptibles d'hypothèque : que deviendra l'Inscription qui sera prise, sous son nom personnel, après sa mort, en vertu d'un

jugement qui, avant ou après sa mort, aura condamné son débiteur à le payer?

» Enfin, lors même que sa mort est notoire, ses héritiers peuvent n'être pas encore bien connus; et, soit par cette raison, soit par toute autre plus ou moins déterminante, soit même par simple caprice, on l'inscrit lui-même comme créancier vivant. Cette Inscription sera-t-elle annulée, précisément parcequ'elle est postérieure à son décès?

» Nous ne saurions le croire, et nous avons pour garant de cette opinion un arrêt très-formel de la cour du 5 ventôse an 13... (1).

» Il est donc jugé bien positivement qu'une Inscription peut être prise sous le nom d'un créancier décédé, et qu'elle doit profiter à ceux qui le représentent, ni plus ni moins que s'ils y étaient désignés individuellement.

» Mais cela posé, pourquoi ne pourrait-on pas également prendre Inscription sous le nom collectif des héritiers, ou, ce qui est la même chose, sous le nom abstrait de la succession, d'un créancier désigné d'ailleurs par ses nom, prénom, profession, domicile, en un mot, par tous les signes distinctifs par lesquels la loi du 11 brumaire an 7 veut que l'on fasse connaître les créanciers qui s'inscrivent au bureau des hypothèques? Si, dans l'Inscription, l'on n'eût parlé que du créancier, elle serait valable; elle ne peut donc pas être nulle, par le seul effet de la mention que l'on y a faite de ses héritiers; car la mention que l'on y a faite de ses héritiers, est une mention surabondante, puisqu'encore une fois l'Inscription aurait pu être prise sous le nom personnel du créancier; et il est de maxime que *utile non vitiatur per inutile*, il est de maxime que *non vitiat quod abundat*.

» Aussi la section des requêtes a-t-elle, par arrêt du 6 octobre 1806, au rapport de M. Doutrepont, admis le recours des héritiers de la veuve Guillaudeu contre un arrêt de la cour d'appel de Rennes, qui avait jugé le contraire; et, si en définitive ce recours a été rejeté par vous, le 8 septembre 1807, le préjugé qui résulte de l'arrêt d'admission n'en subsiste pas moins.

» Pourquoi, en effet, avez-vous rejeté ce recours? Est-ce précisément parceque les héritiers de la veuve Guillaudeu ne s'étaient inscrits qu'en nom collectif? Votre arrêt n'en dit pas le mot; et il est aisé de sentir qu'il n'a pas dû aller jusque là, pour prononcer comme il l'a fait.

» Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, trois moyens étaient employés contre l'Inscription prise par le sieur Lefebvre pour les héritiers de la veuve Guillaudeu.

» 1°. Cette Inscription donnait à leur titre hypothécaire une fausse date; la chose revenait par conséquent au même que si leur titre hypothécaire n'y eût pas été daté; et il n'est douteux pour personne que le défaut de date du titre hypothécaire dans une Inscription, n'emporte nullité.

» 2°. Le domicile qu'avait eu la veuve Guillaudeu immédiatement avant son décès, n'était pas indiqué dans l'Inscription; il y était simplement dit qu'elle était *décédée dans l'Inde*.

» 3°. L'Inscription ne rappelait ni les noms individuels ni le domicile des héritiers.

» De ces trois moyens, le premier était péremptoire, et vous l'avez accueilli en termes absolus. Mais le second et le troisième avaient besoin du secours l'un de l'autre, pour partager le triomphe qui a été décerné au premier.

» Si l'Inscription eût rappelé les noms individuels et le domicile des héritiers, il eût importé peu qu'elle fût restée muette sur le domicile de la veuve Guillaudeu;

» Et si elle eût rappelé le domicile de la veuve Guillaudeu, ou si elle l'eût suppléé par d'autres indications équipollentes, si surtout, en donnant une fausse date à son titre, elle n'eût pas réduit les parties intéressées à l'impossibilité de connaître le propriétaire de la créance inscrite, il eût été fort indifférent que les noms individuels des représentans de ce propriétaire y fussent omis. Alors, en effet, on aurait pu, on aurait dû dire, comme dans l'arrêt cité du 5 ventôse an 13: l'*Inscription ayant pour but unique la conservation des droits résultans de telle créance, peu importe qu'elle ait été faite sous le nom du premier propriétaire* de cette créance, *ou de celui de ses ayant-cause*.

» Ce n'est donc que de leur cumul que le second et le troisième moyens tiraient leur force; isolés l'un de l'autre, ils étaient insignifians; réunis, ils étaient inexpugnables.

» Aussi, messieurs, n'avez-vous, dans la rédaction de votre arrêt, adopté séparément ni le second ni le troisième moyen; mais vous les avez fondus ensemble, et en les combinant avec le premier, vous avez dit: « Considé» rant..... qu'il est de l'essence d'une Inscrip» tion hypothécaire, de contenir les énoncia» tions prescrites par les art. 17 et 40 de la loi » du 11 brumaire an 7, relativement aux » personnes qui s'inscrivent, et la date du » titre dont elles se prévalent; que, dans » l'espèce, ces énonciations étant, soit *omises*,

(1) *V.* l'article *Confusion*, §. 6.

» soit erronées, dans l'Inscription que Lefeb-» vre a prise, la contravention à la loi et la » nullité de cette Inscription sont manifestes; » la cour rejette le pourvoi... ».

» Votre arrêt ne décide donc positivement qu'une seule chose : c'est que la fausseté de la date du titre hypothécaire annulle l'Inscription prise par le sieur Lefebvre au nom des héritiers de la veuve Guillaudeu. Mais, quant à la question de savoir si l'Inscription serait valable dans le cas où, la vraie date du titre hypothécaire y étant relatée, la veuve Guillaudeu y serait personnellement signalée de manière qu'on ne pût raisonnablement ne pas la reconnaître, votre arrêt la laisse indécise, et il ne considère l'Inscription comme nulle à raison des omissions qu'elle présente, que parceque ces omissions portent simultanément, et sur le signalement de la veuve Guillaudeu, et sur les signalemens de ses héritiers.

» Cet arrêt écarté, il nous sera bien facile de répondre aux autres objections de la demanderesse.

» La principale consiste à dire que, par les art. 17 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7, il est permis de s'inscrire *sur les biens d'une personne décédée, sur la simple énonciation du défunt;* que cette permission est une exception à la règle générale, qui n'admet d'Inscription que celle qui est prise avec toutes les indications prescrites par la loi, qu'elle doit donc être restreinte au cas pour lequel le législateur l'a faite; et que le législateur, en ne dispensant des formalités ordinaires que le cas du décès du débiteur, fait clairement entendre que ces formalités sont de rigueur dans le cas du décès du créancier; *qui de uno dicit, de altero negat.*

» Cette objection ne présente qu'un argument *à contrario sensu,* et tout le monde sait que l'argument *à contrario sensu* est, en général, sujet à égarer ceux qui l'emploient.

» De ce que l'art. 34 de l'édit de juin 1771, concernant les hypothèques, affranchissait de la nécessité de l'opposition au sceau, les cens et les rentes foncières seigneuriales, on avait voulu conclure qu'il y soumettait les rentes purement foncières; et cependant vous avez décidé, par un arrêt du 12 pluviôse an 11, au rapport de M. Cochard, et sur nos conclusions, que les rentes purement foncières en étaient pareillement affranchies.

» De ce que l'art. 17 de la loi du 25 août 1792 déclare non abolies par les articles précédens de la même loi, les rentes purement foncières dues à des particuliers non ci-devant seigneurs, on a prétendu inférer que les rentes purement foncières et non mélangées de droits féodaux, dues à des particuliers ci-devant seigneurs, étaient abolies; et néanmoins, par deux arrêts des 5 pluviôse an 10 et 24 vendémiaire an 13, au rapport de MM. Boyer et Ruperou, et encore sur nos conclusions, vous avez jugé que ces rentes étaient maintenues au profit des particuliers ci-devant seigneurs, comme au profit des particuliers non ci-devant seigneurs.

» Il y a d'ailleurs ici une raison bien déterminante pour nous faire rejeter l'argument *à contrario,* que l'on tire des art. 17 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7 : c'est que le cas du décès du débiteur n'est pas, à beaucoup près, le même que celui du décès du créancier; c'est qu'il y a pour l'un de graves inconvéniens qui ne peuvent pas se rencontrer dans l'autre.

» Qu'un bien se trouve frappé d'Inscription sous le nom d'un créancier décédé, le public est suffisamment averti que ce bien n'est pas libre; et soit que l'on connaisse, soit que l'on ne connaisse pas les noms des héritiers du créancier inscrit, on se tiendra toujours en garde. Mais qu'une Inscription existe sur le nom d'un débiteur décédé, quelle lumière peut-il en résulter pour les personnes qui traitent avec son héritier, si d'ailleurs elles n'ont pas la précaution de se faire représenter les titres de l'origine de sa propriété? Il est évident qu'elles pourront être trompées, et que, d'après le certificat du conservateur, constatant qu'il n'existe point d'Inscription hypothécaire sur le nom de l'héritier, elles pourront croire que l'hypothèque qu'il leur fournit, n'est primée par aucune autre.

» C'est cette considération qui a d'abord fait douter s'il ne conviendrait pas de prohiber toute Inscription sur le nom d'un débiteur décédé. Mais, d'un autre côté, on a senti qu'une telle prohibition réduirait souvent à l'impossible les créanciers dont les débiteurs seraient morts avant l'Inscription de leurs titres hypothécaires; que souvent les héritiers des débiteurs restent inconnus pendant un temps considérable; que souvent le créancier, instruit par hasard de leurs noms, prénoms, professions et domiciles, gagnerait de vitesse le créancier qui en ferait péniblement la recherche; et cet inconvénient, paraissant avec raison plus grave que l'autre, le doute a été résolu en faveur de la faculté de s'inscrire sur le nom des débiteurs décédés.

» Mais de ce que la loi a été frappée de ce doute, de ce que, pour le résoudre, elle a cru devoir faire un article exprès, s'ensuit-il que l'on puisse argumenter *à contrario* de sa disposition pour un cas qui n'offrait aucun

inconvénient, où les mêmes raisons de douter ne se présentaient pas, et où par conséquent rien ne nécessitait une explication de la part du législateur? Non certainement, et bien loin de là. Ce n'est pas *à contrario*, c'est *à fortiori*, que l'on doit argumenter, pour le cas dont il s'agit dans notre espèce, de la disposition de la loi qui permet de prendre Inscription *sur les biens d'une personne décédée sur la simple énonciation du défunt*; et nous devons dire : de grandes difficultés, des inconvéniens graves s'opposent à ce qu'on puisse prendre Inscription sur la simple énonciation d'un débiteur décédé, et il n'y a ni inconvéniens ni difficultés à ce que des héritiers s'inscrivent sous le nom de la personne qu'ils représentent. La loi qui permet l'un, est donc censée, à plus forte raison, permettre l'autre. *Non debet ei cui plus licet, quod minus est non licere.*

» Mais, dit la demanderesse, si des héritiers peuvent, sans se faire connaître individuellement, prendre Inscription sous le nom de leur auteur décédé, à qui s'adressera donc le débiteur qui voudra libérer son bien en acquittant sa dette? A qui s'adressera donc le créancier postérieur en hypothèque, qui voudra, en payant les héritiers du créancier qui le précède, se faire subroger à leurs droits?

» La réponse est fort simple. L'objet de l'Inscription n'est pas de procurer, soit au débiteur, soit au créancier postérieur en hypothèques, les facilités qu'ils peuvent désirer, l'un pour acquitter sa dette, les autres pour parvenir à une subrogation. L'Inscription n'est instituée que pour donner aux priviléges et aux hypothèques une publicité propre à garantir les tiers intéressés de toute espèce de piége. L'objet légal de l'Inscription est donc rempli, lorsque, par la manière dont elle est conçue, elle manifeste au public la créance privilégiée ou hypothécaire qu'elle tend à conserver.

» Que le débiteur, que le créancier postérieur en hypothèque, y trouve ou n'y trouve pas les indications nécessaires pour pouvoir faire des offres réelles à ceux qui l'ont prise, c'est ce qui importe peu. Ce n'est point à aplanir la voie des offres réelles que la loi destine l'Inscription; et vainement l'y destinerait-elle : sa destination serait trop souvent illusoire. Qui ne sent en effet que les mêmes embarras qui peuvent naître, à cet égard, de ce qu'une Inscription est prise sous le nom d'un créancier décédé, peuvent résulter aussi de ce que le créancier qui a pris une Inscription sous son nom individuel, est mort depuis, laissant des héritiers inconnus tant au débiteur qu'aux créanciers postérieurs en hypothèque?

» Si donc on nous demande comment s'y prendra le débiteur, comment s'y prendront les créanciers postérieurs en hypothèque, qui voudront faire des offres réelles aux héritiers inscrits en nom collectif sous le nom de leur auteur décédé, nous demanderons à notre tour comment ils s'y prendront pour faire des offres réelles aux héritiers d'un créancier qui, avant sa mort, s'est inscrit lui-même : et la réponse sera qu'ils devront s'y prendre de la même manière dans un cas que dans l'autre.

» Remarquez d'ailleurs, messieurs, que cette objection n'est pas particulière à l'Inscription prise par des héritiers en nom collectif sous le nom individuel de leur auteur décédé, et qu'elle s'applique également à l'Inscription prise par le cessionnaire d'une créance dont le cédant est mort depuis la cession qu'il a faite. Cependant, par votre arrêt du 5 ventôse an 13, vous n'en avez pas moins jugé valable l'Inscription que les sieur et dame d'Offlie, cessionnaires du sieur Lesemelier, avaient prise après le décès de celui-ci et sous son nom. Il n'y a donc pas, il ne peut donc pas y avoir de raison pour que vous jugiez nulle une Inscription prise par des héritiers sous le nom de leur auteur.

» Et à quelles injustices ne conduirait pas le système contraire?

» Tous les jours, dans une succession, ou le droit et la qualité des héritiers sont en litige, ou quelques-uns d'entre eux sont au delà des mers, ou ils ignorent tous la mort du défunt; dans ces différens cas, point de milieu : ou il faut prendre Inscription, soit au nom du défunt, soit au nom de sa succession, en le désignant lui-même par ses nom, prénoms, profession et domicile; ou il faut renoncer à faire inscrire les héritiers individuellement, et sacrifier leurs créances.

» Tous les jours, un créancier, usant de la faculté que lui accordait l'ancien droit, et que le Code civil lui conserve, se met en devoir de faire inscrire les créances dues à l'hérédité de son débiteur. Et comment y parviendra-t-il, comment le fera-t-il surtout avec la célérité qu'exigent ses intérêts, s'il ignore, comme il n'arrive que trop fréquemment, le nom, les prénoms, la profession et le domicile de chacun des héritiers du défunt? Comment y parviendra-t-il, notamment si les héritiers du défunt n'ont pas encore pris qualité? Point de milieu encore : ou il faut dire qu'il peut prendre son Inscription, soit sous le nom du défunt, soit sous celui de son hérédité, ou

il faut reconnaître que la loi ne lui a accordé qu'une faculté illusoire.

» Et que sera-ce, si, au tableau de ces injustices, nous ajoutons le tableau de celles que la loi du 11 brumaire an 7, entendue dans le sens de la demanderesse, aurait entraînées pour les hypothèques antérieures à son émanation?

» Vous n'avez pas oublié que ces hypothèques devaient, d'après l'art. 37, être inscrites dans un délai rigoureusement limité à trois mois; et assurément, dans un espace de temps aussi court, il était bien impossible que la plupart des créances dont les propriétaires primitifs étaient morts, fussent inscrites autrement que sous le nom de ces propriétaires, ou sous celui de leur succession; combien, en effet, n'y avait-il pas d'héritiers absens pour le service de l'Etat, d'héritiers qui ignoraient l'ouverture des successions auxquelles ils étaient appelés, d'héritiers qui ne se connaissaient pas entre eux, d'héritiers dont les droits, à raison de leur émigration, étaient dévolus au domaine public? Et que serait-il arrivé, si eux seuls avaient pu être inscrits individuellement? Il n'est personne qui ne le sente: le délai fatal se serait écoulé, sans qu'aucune Inscription eût été prise, sans qu'il eût été possible d'en prendre aucune.

» Ce n'est pas tout: de quoi s'agit-il dans notre espèce? D'une Inscription qu'une veuve usufruitière a prise, non-seulement pour la conservation de son usufruit, mais encore pour la conservation de la propriété des héritiers de son mari; d'une Inscription qu'elle a dû prendre dans ce double but; d'une Inscription qu'elle n'aurait pas pu se dispenser de prendre dans ce double but, sans s'exposer à répondre, envers les héritiers de son mari, de la propriété qu'elle leur aurait fait perdre.

» Or, combien de veuves, en pareil cas, ignorent le nom, les prénoms, la profession et le domicile de chacun des héritiers de leur mari, surtout lorsque ce ne sont pas des héritiers immédiats, lorsque ce sont les héritiers des héritiers, lorsque la succession de leur mari a été subdivisée en plusieurs branches? Et ne serait-il pas souverainement injuste de les assujétir, sous peine d'en répondre personnellement, à une formalité qu'elles se trouveraient hors d'état de remplir?

» Enfin, que désire, que veut la loi, en ordonnant que, dans chaque bordereau d'Inscription hypothécaire, il sera fait mention du nom, des prénoms, de la profession et du domicile du créancier? La loi n'a en cela qu'un seul but: c'est de faire connaître au public, c'est d'indiquer à tous les yeux, le propriétaire de la créance inscrite. Toute Inscription qui remplit cet objet, est donc régulière. Eh! qu'importe, lorsque le créancier est décédé, que cet objet soit rempli par la désignation du créancier lui-même ou de sa succession, ou qu'il le soit par la désignation de ses héritiers? Si le créancier décédé était inscrit comme vivant, la loi serait satisfaite: vous l'avez jugé par votre arrêt du 5 ventôse an 13; et il n'en serait pas de même dans le cas où le créancier décédé est inscrit comme décédé réellement! On perdrait, en disant la vérité dans une Inscription, un avantage que l'on pourrait s'assurer par une réticence mensongère! Le mensonge obtiendrait une prime sur la franchise! De pareilles idées ne sont pas proposables.

» Tenons donc pour constant qu'en thèse générale, il ne peut y avoir de doute sur la validité d'une Inscription hypothécaire qui a été prise sous le nom de l'hérédité d'un créancier, lorsque d'ailleurs le bordereau contient, sur l'individualité de celui-ci, les désignations prescrites par le n°. 1 de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7; et voyons si effectivement le sieur Clermont-d'Amboise est désigné dans le bordereau dont il s'agit, d'une manière conforme au vœu de cette partie de la loi.

» Suivant le n°. 1 de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, le bordereau de chaque Inscription doit contenir *les nom, prénoms, profession et domicile du créancier, et élection de domicile pour lui, dans l'étendue du bureau où l'Inscription est faite.*

» Le bordereau dont il s'agit, contient en effet le nom et les prénoms du sieur Clermont-d'Amboise, ainsi que l'élection d'un domicile, pour sa succession, dans l'étendue du bureau de Versailles; mais il n'indique ni sa profession ni son domicile; et de là naissent deux difficultés: l'une, si, en thèse générale, une Inscription doit être annulée, toutes les fois qu'elle ne fait connaître ni la profession ni le domicile du créancier, quoique d'ailleurs elle le désigne clairement; l'autre, si, dans le cas particulier, la cour d'appel de Paris a dû s'arrêter au défaut d'indication, soit de la profession, soit du domicile du sieur Clermont-d'Amboise.

» Sur la première difficulté, il est une maxime que la cour a proclamée par plusieurs de ses arrêts, et que la loi du 4 septembre 1807 a consacrée de la manière la moins équivoque: c'est que l'omission de celles des formalités prescrites par l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, qui tiennent à la substance des

Inscriptions hypothécaires, emporte de plein droit la peine de nullité.

» Il ne s'agit donc que de savoir si, dans une Inscription hypothécaire, la désignation de la profession et du domicile du créancier peut et doit être considérée comme une formalité substantielle.

» Il est certainement de la substance d'une Inscription hypothécaire, de faire connaître le créancier, comme il est de sa substance de faire connaître le débiteur, comme il est de sa substance de faire connaître la nature, le montant, l'époque de l'exigibilité de la créance, comme il est de sa substance de faire connaître le titre hypothécaire de cette créance et les biens sur lesquels le créancier entend affecter ce titre.

» Or, quel est l'objet de la loi, lorsqu'elle exige que, dans toute Inscription hypothécaire, il soit fait mention du domicile et de la profession du créancier? Son objet, et son objet unique, est incontestablement de faire connaître le créancier, de manière à écarter toute espèce d'incertitude sur son individualité; et pour s'en convaincre, il suffit de jeter les yeux sur le n°. 1 de l'art. 17, par lequel la loi veut que le créancier, tout en désignant *ses nom, prénoms, profession et domicile*, fasse une *élection de domicile* dans l'étendue de l'arrondissement du bureau où il prend Inscription? Dans quelle vue la loi prescrit-elle cette élection de domicile? C'est indubitablement pour faciliter, soit au débiteur les moyens d'assigner le créancier inscrit en radiation ou main-levée de l'Inscription, soit aux tiers-acquéreurs et aux poursuivans en expropriation forcée, les moyens de faire au créancier inscrit les notifications qui peuvent devenir nécessaires. Et cette vue étant remplie par l'élection de domicile, il est clair que c'est dans une vue toute différente, il est clair que c'est pour un tout autre objet, que la loi prescrit la désignation du domicile réel. La désignation du domicile réel n'est donc prescrite, ainsi que celle de la profession, que dans la vue de faire connaître le créancier. Cette double désignation paraît donc tenir à la substance de l'Inscription hypothécaire; elle paraît donc être, à l'égard de l'Inscription hypothécaire, une formalité vraiment substantielle.

» Mais, d'un autre côté, comparons le n°. 1 avec le n°. 2 de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7.

» Par le n°. 1, nous l'avons déjà dit, la loi veut que le créancier désigne, dans les bordereaux qu'il présente au conservateur, son nom, ses prénoms, sa profession, son domicile, et l'élection de domicile qu'il a faite dans l'arrondissement du bureau.

» Par le n°. 2, la loi exige que les bordereaux contiennent pareillement les *nom, prénoms, profession et domicile du débiteur*; mais elle ajoute aussitôt : *ou une désignation individuelle et spéciale assez précise pour que le conservateur des hypothèques puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé.*

» Ainsi, la loi permet de remplir par équipollence, la condition qu'elle impose au créancier, de désigner les *nom, prénoms, profession et domicile du débiteur.*

» Il importe cependant bien plus au public de connaître parfaitement le débiteur sur qui l'Inscription est prise, que le créancier qui la prend? Si donc une Inscription n'est pas nécessairement nulle, par cela seul que le débiteur sur qui elle est prise, n'y est pas désigné par sa profession et son domicile, à combien plus forte raison ne doit-on pas regarder comme nulle indistinctement, toute Inscription dans laquelle le domicile et la profession du créancier ne sont pas indiqués!

» On dira sans doute que la loi, en permettant de remplir par équipollence à l'égard du débiteur, la formalité de la désignation du domicile et de la profession, est censée l'avoir défendue à l'égard du créancier.

» Mais c'est encore là un argument *à contrario sensu*; et s'il est un cas où cette manière de raisonner doit paraître fautive, c'est assurément celui où, par cette manière de raisonner, on aboutit à des conséquences absurdes.

» Or, n'est-elle pas absurde, la conséquence qui résulte forcément de ce système, que la loi se montrerait plus sévère sur les formalités à observer pour faire connaître le créancier, qu'elle ne l'est sur les formalités à observer pour faire connaître le débiteur?

» N'est-elle pas également absurde, la conséquence à laquelle ce système conduit avec la même infaillibilité, qu'une Inscription prise à la requête, soit d'un grand dignitaire, soit d'un maréchal de l'empire, soit de tout autre grand fonctionnaire, dont l'individualité ne pourrait pas faire la matière de la plus légère incertitude, devrait être annulée par la seule raison qu'on y aurait omis la désignation de son domicile?

» Sans doute, quelque absurdes que soient ces conséquences, il faudrait bien les admettre avec le principe dont elles dérivent, si la loi prescrivait, à peine de nullité, la désignation du domicile et de la profession du créancier.

» Mais cette peine de nullité, la loi se garde bien de la prononcer; et pourquoi ne la prononce-t-elle pas? Parceque mettant toute sa confiance dans le principe général qui veut que la peine de nullité soit suppléée de plein droit dans toutes les dispositions qui prescrivent des formes substantielles, et qu'elle ne ne le soit jamais dans celles qui ne prescrivent que des formes secondaires, elle se repose sur les juges du soin de distinguer quelles sont, parmi les formes qu'elle prescrit pour les Inscriptions, celles qui tiennent ou ne tiennent pas à la substance de ces actes, c'est-à-dire, celles qui sont ou ne sont pas indispensables pour faire connaître la créance, le débiteur, le créancier, et les biens sur lesquels il s'agit d'acquérir hypothèque.

» C'est d'après cette règle que les cours d'appel ont décidé, par plusieurs arrêts auxquels vous avez apposé, en les maintenant, le sceau de votre autorité, que le défaut d'expression de l'époque de l'exigibilité d'une créance, emporte la nullité de l'Inscription prise pour la rendre hypothécaire; et cette décision, nous l'avons déjà dit, a été érigée, par la loi du 4 septembre 1807, en disposition législative.

» C'est donc aussi par cette même règle, que doit se résoudre la question de savoir si le défaut de désignation du domicile et de la profession du créancier emporte nullité.

» Mais ici la décision ne peut pas être aussi générale que sur le défaut d'expression de l'époque de l'exigibilité de la créance.

» Il n'est aucun cas où le défaut d'expression de l'époque de l'exigibilité de l'Inscription ne doive faire annuler l'Inscription, parcequ'il n'en est aucun où une créance puisse être bien connue, lorsque l'époque de son exigibilité n'est pas indiquée d'une manière précise.

» S'agit-il, au contraire, du défaut de désignation du domicile et de la profession du créancier? C'est par l'ensemble des circonstances que les juges doivent se déterminer. Le créancier est-il clairement désigné par l'Inscription, muette d'ailleurs sur sa profession et son domicile? L'Inscription doit être maintenue. Mais du défaut d'expression du domicile et de la profession du créancier, résulte-t-il quelque incertitude sur sa personne? L'Inscription doit être déclarée nulle.

» Ainsi, la désignation claire et précise du créancier est une des formes substantielles de l'Inscription; et elle ne peut pas être omise, que l'Inscription ne soit viciée. Mais le mode de cette désignation ne doit pas être confondu avec son essence. Faire connaître la personne du créancier avec une telle clarté que l'on ne puisse pas s'y méprendre, voilà le but de la loi: ce but rempli, les moyens qu'on a employés pour y atteindre, sont indifférens: la loi en prescrit quelques-uns, mais, encore une fois, elle ne les prescrit pas à peine de nullité; et par-là, elle laisse plein pouvoir au juge pour décider si, dans telle circonstance on a pu les omettre, si, dans telle circonstance, on a pu s'en dispenser.

» Cette sage réserve de la loi du 11 brumaire an 7 et des articles du Code civil qui en sont extraits, nous la retrouvons dans les textes du même Code qui ont pour objet la publicité du mariage.

» La publicité est, pour le mariage, ce qu'est, pour l'Inscription hypothécaire, la désignation non équivoque du créancier: elle est, pour le mariage, une forme substantielle; et sur ce fondement, l'art. 191 déclare *tout mariage qui n'a pas été contracté publiquement*, susceptible d'être *attaqué par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendans et par tous ceux qui ont un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public.*

» Et de même que la désignation non équivoque du créancier dans une Inscription, s'opère par la mention de son nom, de ses prénoms, de sa profession et de son domicile; de même aussi la publicité du mariage s'opère par les proclamations qui précèdent de plusieurs jours la cérémonie nuptiale, par la célébration de cette cérémonie dans la maison commune, par la présence de quatre témoins à cette célébration.

» Mais un mariage sera-t-il nécessairement nul, par cela seul qu'on y aura omis ou violé quelques-unes de ces formalités? L'art. 193 veut que les contraventions aux textes qui prescrivent ces formalités, soient punies d'une amende, *lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage.* Il abandonne donc à la prudence du juge l'effet de chacune de ces contraventions. Il autorise donc le juge à maintenir un mariage auquel manqueraient, soit les proclamations préalables, soit la présence de quatre témoins, soit la célébration dans la maison commune. Le juge, asservi au principe que tout mariage doit, à peine de nullité, être contracté publiquement, demeure donc maître de son application par rapport à chacune des formalités indiquées par la loi comme constitutives de mode de publicité. (1).

» Et de même, dans une Inscription hy-

(1) *V.* l'article *Mariage*, sect. 4, § 1, n° 3.

pothécaire, le juge n'est lié que par la règle qui prescrit, à peine de nullité, la désignation claire et précise de la personne du créancier. Il peut ne pas appliquer cette règle au défaut de telle ou telle des indications que la loi exige pour établir cette désignation, lorsque, d'ailleurs, dans la cause sur laquelle il s'agit de prononcer, il trouve, ou que ces indications sont suffisamment remplacées par d'autres, ou qu'elles sont inutiles pour faire connaître la personne du créancier.

» Venons maintenant au cas particulier de l'affaire qui nous occupe en ce moment.

» L'Inscription hypothécaire attaquée par la demanderesse, ne contient, avons-nous dit, ni la désignation de la profession du sieur Clermont-d'Amboise, ni celle de son domicile; et, cependant, la cour d'appel de Paris l'a jugée valable.

» Qu'elle ait bien jugé, en ce qui concerne le défaut de désignation de la profession du sieur Clermont-d'Amboise, c'est ce qui ne saurait être contesté raisonnablement. Car on n'a pas articulé devant elle, on a encore moins prouvé, que le sieur Clermont-d'Amboise eût eu une profession quelconque; et il est assez sensible que la loi du 11 brumaire an 7 n'a pu, même en lui supposant le rigorisme que nous venons de combattre, rendre obligatoire la désignation de la profession, qu'à l'égard des créanciers qui avaient effectivement une profession. C'est ainsi d'ailleurs que le Code civil, en conservant la disposition de la loi du 11 brumaire an 7, l'a expliquée : les bordereaux (a-t-il dit, art. 2148) *contiennent*, 1°. *les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une*, etc.

» Quant au défaut de désignation du domicile du sieur Clermont-d'Amboise, une chose est à remarquer : c'est qu'il n'a pas été relevé par la demanderesse devant la cour d'appel.

» D'où vient donc le silence de la demanderesse sur ce défaut? Les conseils de la demanderesse n'auraient-ils pas pensé, n'ont-ils pas dû penser que ce défaut était réparé dans l'Inscription elle-même? Et la cour d'appel n'a-t-elle pas dû partager leur opinion à cet égard?

» L'Inscription est, à la vérité, muette sur le domicile du sieur Clermont-d'Amboise. Mais elle annonce qu'il était, à sa mort, marié à la dame de Rohan-Chabot; que la dame de Rohan-Chabot a, depuis, épousé en secondes noces Charles-Juste de Beauvau; que, depuis encore, elle est redevenue veuve; et qu'elle est actuellement *domiciliée à Saint-Germain-en-Laye*.

» Assurément, à la lecture de cette Inscription, il n'est pas possible de se méprendre sur l'individualité du créancier : non-seulement le créancier y est désigné par son nom et ses prénoms; mais il est encore dit que l'individu qui portait ce nom et ces prénoms, est le même qu'avait épousé en premières nôces la personne appelée Marie-Charlotte de Rohan-Chabot, dont le domicile actuel est parfaitement indiqué. Comment, avec de pareils désignations, le vœu de la loi ne serait-il pas rempli?

» Si une Inscription était prise au nom d'une femme mariée avec désignation du seul domicile de son mari, on ne pourrait certainement pas la déclarer nulle, sous le prétexte qu'il n'y serait pas énoncé que ce domicile est aussi celui de la femme. La loi, en ce cas, suppléerait au silence de l'Inscription.

» Eh bien! lorsque le mari n'existe plus, lorsqu'en cessant de vivre, il a cessé d'avoir un domicile qui lui soit propre, ne peut-on pas également, en prenant une Inscription en son nom, se borner à y énoncer le domicile de sa veuve? Sans contredit, sa veuve ne le représente pas à tous égards, mais elle le représente du moins à l'effet qu'on puisse dire, en parlant d'elle, ou en la voyant : *Elle a été l'épouse d'un tel; c'est un tel qui est mort son mari*. Et, dès lors, indiquer dans l'Inscription le domicile de la veuve, n'est-ce pas remplir virtuellement l'intention de la loi qui exige une désignation de domicile de la part du créancier?

» Assurément, nous ne pouvons pas faire un crime à la cour d'appel de Paris, de n'avoir pas été, sur cet objet, plus formaliste, plus pointilleuse, que la demanderesse elle-même; et puisque la demanderesse elle-même n'a trouvé rien à redire à l'Inscription, en tant qu'elle ne désigne pas le domicile du sieur Clermont-d'Amboise, nous ne devons pas, nous ne pouvons pas blâmer la cour d'appel de Paris d'avoir pensé de même.

» Notre première question principale ainsi résolue, nous pourrions nous taire sur la seconde, qui n'est que subsidiaire. Cependant, comme nous ne devons ni ne pouvons pressentir le résultat de votre délibération sur celle-là, nous croyons devoir traiter celle-ci, comme si le sort de la demande en cassation qui vous est soumise, en dépendait totalement.

» Les adversaires de la demanderesse soutenaient devant la cour d'appel, qu'en supposant l'Inscription nulle, en tant qu'elle avait été prise au nom de la succession du sieur Clermont-d'Amboise, elle n'en devait pas moins valoir au profit de cette succession, parcequ'elle avait été valablement prise au

nom de la dame de Beauvau, et que la dame de Beauvau, en conservant par-là l'hypothèque de son usufruit, avait nécessairement conservé l'hypothèque de la nue propriété.

» Mais ce système, que l'on reproduit encore devant vous, nous paraît être en opposition diamétrale avec tous les principes.

» Si la dame de Beauvau avait pris l'Inscription en son nom seul et pour la seule conservation de l'hypothèque de son usufruit, il est bien évident qu'elle n'aurait pas conservé l'hypothèque de la nue propriété. C'est l'espèce et la décision expresse de l'arrêt que la cour a rendu, le 4 frimaire an 14, au rapport de M. Siéyes.

» Si la dame de Beauvau avait pris l'Inscription en son nom seul et pour la conservation pure et simple de l'hypothèque de sa créance, sans exprimer, ni qu'elle n'avait, sur cette créance, qu'un droit d'usufruit, ni que la nue propriété en appartenait à la succession du sieur Clermont-d'Amboise, nous aurions à dire que le système des adversaires de la demanderesse choque directement les lois romaines que nous avons précédemment retracées, et desquelles il résulte clairement que l'usufruitier ne peut pas agir en son seul nom pour la conservation de la propriété; et il est vrai que l'on pourrait répondre qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Paris n'aurait violé que les lois romaines, c'est-à-dire, des lois qui n'avaient pour elle que le caractère de raison écrite.

» Mais ce n'est point là ce qu'a fait la dame de Beauvau : elle a pris l'Inscription, non pas en son nom seul, mais et en son nom et au nom de la succession de son premier mari; et certainement c'est l'Inscription, telle qu'elle l'a prise, que nous avons à juger.

» Or, en prenant l'Inscription, tant en son nom qu'au nom de la succession du sieur Clermont-d'Amboise, elle a clairement annoncé de deux choses l'une, ou qu'elle n'était qu'usufruitière de la créance, ou qu'elle en était co-propriétaire avec la succession de son premier mari.

» Si elle a annoncé qu'elle n'était qu'usufruitière de la créance, elle n'a conservé, par-là, que l'hypothèque de son usufruit. Telle est la conséquence nécessaire de votre arrêt du 4 frimaire an 14.

» Si elle a annoncé qu'elle était co-propriétaire de la créance avec la succession de son premier mari, son Inscription, supposée irrégulière quant à la succession de son premier mari, n'a pu conserver que l'hypothèque de la portion qu'elle aurait eue elle-même dans la créance.

» Et inutile de dire qu'elle avait qualité pour prendre l'Inscription au nom de la succession de son premier mari. Un tuteur aussi a qualité pour prendre une Inscription au nom de son pupille. Les syndics d'une faillite aussi ont qualité pour prendre une Inscription au nom du débiteur failli. Que dirait-on cependant d'une Inscription dans laquelle un tuteur, sans exprimer ni le nom ni les prénoms de son pupille, se bornerait à désigner ses nom et prénoms personnels? Que dirait-on d'une Inscription dans laquelle les syndics d'une faillite, sans exprimer ni le nom ni les prénoms du débiteur failli, se borneraient à désigner leurs propres noms et prénoms? Indubitablement de pareilles Inscriptions seraient nulles.

» La dame de Beauvau n'a donc pas pu, en prenant une Inscription au nom de la succession de son premier mari, se dispenser d'y donner toutes les désignations nécessaires pour faire bien connaître le créancier dont elle entendait conserver les droits.

» Si donc son premier mari était mal désigné dans l'Inscription, soit parcequ'il n'y est pas fait mention de son domicile, soit par toute autre raison, l'Inscription serait nécessairement nulle à l'égard de la succession de de son premier mari; et l'arrêt qui vous est dénoncé, devrait être cassé, non-seulement comme ayant mal jugé, mais encore et principalement comme ayant contrevenu au premier n°. de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7.

» Ainsi, messieurs, en dernière analyse, c'est sur notre première question, c'est sur la question de savoir si l'Inscription est irrégulière quant à la succession du sieur Clermont-d'Amboise, que doit se reporter toute la discussion de cette affaire. Nous vous avons développé, avec toute l'impartialité de notre ministère, les raisons qui militent pour et contre la demanderesse; nous les livrons toutes à vos sages et profondes méditations; et forcés par notre devoir de vous proposer un avis que, par sentiment, nous désirerions recevoir de vous, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation, et de condamner la dame Testu-Balincourt à l'amende ».

Par arrêt du 15 mai 1809, au rapport de M. Vallée,

« Attendu que la dame de Beauvau a pu prendre Inscription hypothécaire au profit de la succession de Jean-Louis Clermont-d'Amboise, pour la conservation de la créance encore indivise dans cette succession, des 200,000 livres formant le fonds

de son douaire; que cette Inscription, contenant à la fois la désignation formelle du créancier primitif, qui, bien que décédé, revivait dans les héritiers qui le représentaient de droit, et toutes les autres indications et formes voulues par l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, remplit suffisamment l'objet et le vœu de la loi;

» Attendu que les modifications et équipollences admises par la loi dans la désignation du débiteur, doivent aussi être admises dans la désignation du créancier, puisque, d'un côté, le motif essentiel de la loi et le grand intérêt des tiers, pour qui elle a été faite, sont principalement que le débiteur soit désigné et connu d'une manière certaine et positive; et que, d'un autre côté, entendre la loi dans un sens plus rigide, à l'égard de la désignation du créancier, ce serait, en mille circonstances, la rendre inexécutable et en paralyser l'effet;

La cour rejette le pourvoi... ».

Les mêmes principes sont consacrés par un autre arrêt de la cour de cassation, du 17 décembre 1812, qui est rapporté au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 16, n°. 3.

Remarquez au surplus que, comme je l'ai dit dans les conclusions qui ont précédé le premier de ces arrêts, si l'omission du domicile réel du créancier n'était suppléée par aucune énonciation équipollente, elle emporterait nullité.

La cour de Montpellier l'ayant ainsi jugé au profit des sieurs Sabran et Rouzet-Folmont, contre la dame Coste, celle-ci s'est pourvue en cassation, et a dit 1°. que l'arrêt dont elle se plaignait, avait violé l'art. 464 du Code de procédure civile, en ce qu'il avait admis une demande en nullité qui n'avait pas été proposée devant les premiers juges; 2°. que cet arrêt avait violé l'art. 1030 du même Code qui défend d'annuler un acte dont la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi; 3°. que, supposât-on la peine de nullité attachée par l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, au défaut d'expression du domicile du créancier qui s'inscrit, la cour de Montpellier en aurait fait une fausse application, puisque, dans l'espèce, l'Inscription de la dame Coste contenait, de sa part, l'élection d'un domicile qui devait tenir lieu de la désignation de son domicile réel.

Mais par arrêt du 6 juin 1810, au rapport de M. Lasaudade,

« Attendu que les défendeurs ont pu, en cause d'appel, proposer contre l'Inscription qui leur était opposée, un moyen de nullité qui n'avait point été proposé en première instance, sans contrevenir à l'art. 464 du Code de procédure civile, ni aux lois précédentes qui avaient la même disposition;

» Attendu que l'art. 1030 du Code de procédure, qui porte qu'aucun exploit ni acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi, n'est applicable qu'aux exploits et actes de procédure, et n'est point applicable aux autres actes prescrits par les lois pour l'établissement et la conservation des droits des citoyens;

» Attendu que l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, qui régit la contestation, veut que l'Inscription hypothécaire fasse mention du domicile du créancier;

» Attendu que, dans l'espèce, l'Inscription dont il s'agit, ne fait point mention du domicile réel de l'inscrivante, et que cette mention n'est suppléée par aucune énonciation équipollente; que l'énonciation d'un domicile élu ne peut être considérée comme équipollente, puisque la loi, dans le même article exige la mention de l'un et de l'autre domicile;

» La cour rejette le pourvoi.... ».]]

IX. Le bordereau doit contenir les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque.

Ce n'est que lorsque la profession du débiteur n'est pas connue, que l'inscrivant peut substituer, à la place de la profession, une désignation individuelle et spéciale: mais rien ne peut suppléer à la désignation des nom, prénoms et domicile du débiteur. Tel est le sens de la loi; et de toutes les formalités qu'elle a établies, c'est une de celles dont l'observation doit être exigée le plus rigoureusement.

Le débiteur est dénoncé au public comme ayant des biens grevés d'hypothèques, et il faut qu'il soit désigné d'une manière si positive, que le conservateur ne puisse, en aucun cas, équivoquer, lorsqu'un intéressé quelconque viendra l'interroger. Ce débiteur doit donc se trouver désigné par ses nom, prénoms et domicile. Il doit même l'être par sa profession, si elle est connue et bien déterminée. Néanmoins, pour ce qui concerne la profession, l'inscrivant peut donner, à la place, une désignation équivalente. Ainsi, s'il y avait deux frères portant les mêmes noms et prénoms, on pourrait signaler le débiteur, en l'indiquant sous la qualification d'aîné ou de puîné, ou bien sous celle de ses fonctions, s'il en exerçait.

Si le débiteur originaire est décédé lors de l'Inscription, les créanciers du défunt, soit qu'ils veuillent conserver le privilége de la séparation des patrimoines, soit qu'ils se proposent simplement de consolider une hypothèque stipulée sur les immeubles du défunt, ne sont pas obligés de désigner les noms, prénoms, domiciles et professions des héritiers de ce débiteur: l'art. 2149 du Code civil les en dispense, et les autorise à prendre leur Inscription sous la simple désignation du défunt, qui doit être faite de la même manière que si le débiteur était vivant (1).

Ici, la prévoyance du législateur paraîtra peut-être tomber en défaut aux yeux de ceux qui recherchent des théories parfaites. Le débiteur, que nous appellerons *Jean Dumont*, aura laissé pour son héritier un neveu nommé *Simon Vallée*, qui présentera, comme libres, et comme lui appartenant de longue main, des immeubles dépendant de la succession, et frappés d'Inscriptions faites sur *Jean Dumont*, son auteur : les personnes auxquelles ces immeubles seront offerts, demanderont en vain au conservateur si *Simon Vallée*, propriétaire des mêmes immeubles, est grevé d'Inscriptions: le conservateur ne trouvera pas sur ses registres le nom de *Simon Vallée*, lors même que l'Inscription prise sur *Jean Dumont* l'aurait été postérieurement à son décès; et il répondra qu'il n'existe pas d'Inscription, quoique les immeubles, d'après la supposition faite, se trouvent grevés d'une hypothèque régulièrement inscrite.

Cet inconvénient, si c'en est un, est inévitable; mais la loi ne peut se charger seule du soin de consolider une créance nouvelle, et de la prémunir contre tous les risques qui peuvent l'environner. Ceux auxquels un emprunteur offre un immeuble déjà engagé, ne pourront pas se contenter de voir si le nom de cet emprunteur est inscrit dans les registres des hypothèques : ils devront de plus examiner, par eux-mêmes, si la propriété de l'immeuble offert réside effectivement sur la tête de l'emprunteur; ils devront de plus s'éclairer sur l'origine de cette propriété, sur le mode de ses transmissions successives, sur les formalités qui auront été remplies ou négligées dans chacune de ces transmissions. Ce n'est qu'à l'aide de tous ces éclaircissemens, que leur vigilance seule leur procure, qu'ils pourront se promettre de faire un traité solide, et découvrir s'il existe ou non, sur les immeubles offerts, des hypothèques valides et inscrites sur d'autres têtes que celle de l'emprunteur.

X. L'Inscription doit contenir la date et la nature du titre.

La loi du 11 brumaire an 7 exigeait l'indication de la date du titre, ou, à défaut de titre, de l'époque à laquelle l'hypothèque avait pris naissance. La disposition du Code civil, quoique plus laconique, a plus d'étendue réelle que celle de la loi du 11 brumaire an 7.

La date du titre exigée par le Code civil, remplit tout le vœu de la loi du 11 brumaire.

L'art. 2153 du Code civil règle la forme des Inscriptions des hypothèques légales des femmes et des mineurs, qui sont les seules qui peuvent exister sans un titre écrit. Les autres droits de même genre, tant hypothécaires que privilégiés, doivent nécessairement être fondés sur un titre, dont la date indique l'époque de la naissance de l'hypothèque ou du privilége : mais notre texte exige de plus la déclaration de la nature du titre; et cette déclaration servira à découvrir la nature du droit appartenant au créancier inscrivant; ce qu'il importe de connaître.

Ainsi, lorsqu'on saura que la créance inscrite est fondée sur un contrat de vente ou sur un partage de succession, on jugera que l'Inscription a pour objet le privilége du vendeur pour le prix de l'immeuble vendu, ou celui du copartageant pour la sûreté qui lui est due. Lorsqu'on saura que la créance dérive d'un jugement, on apprendra que l'hypothèque qui l'accompagne, embrasse la généralité des biens présens et futurs du débiteur. Enfin, lorsque l'on verra que le créancier inscrivant fonde son droit hypothécaire sur une obligation sous signature privée non avérée, ou sur un procès-verbal de conciliation, on sera convaincu d'avance que ce droit n'est qu'une illusion, et en consommera avec confiance les traités entamés avec le débiteur.

Tel est le but positif d'utilité que la loi s'est proposé en prescrivant aux créanciers l'indication de la date et de la nature du titre. L'omission de ces deux formalités, ou seulement de l'une d'elles, répandrait sur la déclaration une obscurité totalement opposée à l'esprit de la loi. L'omission de la date du titre laisse dans l'incertitude sur l'époque plus ou moins reculée où elle remonte. L'omission de la nature du titre rejette dans le vague la cause de la créance et l'idée qu'on

(1) [[*V.* le plaidoyer et l'arrêt du 15 mai 1809, rapportés au nº. précédent, et ci-après §. 12.]]

peut s'en former. L'omission de la date et de la nature du titre cumule tous les inconvéniens qui dérivent de l'un et de l'autre. Nous pensons, d'après ces motifs, que les deux conditions sont essentielles, et doivent être rigoureusement remplies pour opérer la validité de l'Inscription.

[[Cette doctrine n'est ni ne peut être contestée quant à l'omission de la *date du titre;* mais elle donne lieu à deux questions qui sont traitées à l'article *Hypothèque,* sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 4 : l'une, si l'erreur commise dans l'Inscription sur la date du titre constitutif de l'hypothèque, emporte nullité, comme l'emporterait incontestablement l'omission de cette date; l'autre, si l'indication faite dans l'Inscription hypothécaire, d'un acte dans lequel est relaté le titre constitutif de l'hypothèque, peut y suppléer, par équipollence, à l'indication de la date de ce titre.

La seconde de ces questions s'est aussi élevée relativement à la disposition de l'art. 2148 qui, en renouvelant celle de l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, prescrit, comme formalité substantielle de l'Inscription hypothécaire, l'indication de la *nature* du titre constitutif de l'Hypothèque; et l'on a prétendu que cette indication résulte suffisamment de la seule mention de ce titre, parceque les tiers, a-t-on dit, peuvent, en le consultant, se procurer une parfaite connaissance de sa *nature.*

C'est même ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, dont voici l'espèce.

Dans l'ordre du prix de divers immeubles vendus, le 30 janvier 1813, par les sieur et dame Doré, se sont présentés comme créanciers hypothécaires, 1°. le sieur Chollet, porteur d'une Inscription hypothécaire prise le 5 septembre 1806, pour sûreté d'une créance *résultant d'acte reçu par Boudouin, notaire à Parthenay, le 2 septembre* 1806; 2°. le sieur Texier, porteur d'une Inscription prise le 12 mai 1812, pour sûreté d'une créance *résultant d'un acte du 4 mai* 1812, *passé devant Duchâteigner et son confrère, notaires à Poitiers;* 3°. le sieur Dupont et le sieur Minoret, porteurs d'Inscriptions parfaitement régulières, mais postérieures à celles des sieurs Chollet et Texier.

Les sieurs Dupont et Minoret ont demandé la nullité des Inscriptions des sieurs Chollet et Texier, sur le fondement qu'elles n'indiquaient pas la nature des titres en vertu desquels ils les avaient prises.

Cette demande a été d'abord accueillie par un jugement du tribunal de première instance de Parthenay, du 29 mars 1814 : « Attendu que ce n'est pas assez de dire que » le droit d'hypothèque résulte d'un acte » passé devant notaire; qu'il faut encore désigner la nature de cet acte, afin de faire » connaître aux tiers intéressés la nature du » droit appartenant au créancier inscrivant, » qu'il est bien différent pour un tiers qui » veut traiter avec le débiteur frappé d'Inscriptions, de voir que ces Inscriptions sont » prises pour droit d'hypothèque résultant » d'un acte de partage, vente, bail à rente » foncière, échange ou obligation, pour argent de prêt; ou de voir que le droit d'hypothèque ne résulte que d'un bail à vie, » d'un bail à ferme, ou d'une simple garantie dont les effets ne sont qu'éventuels; que » ce n'est donc pas assez de dire que l'hypothèque résulte d'un acte notarié; mais qu'il » faut encore dénommer cet acte, de manière » à en faire connaître la nature, et par là » faire également connaître la cause et la nature de la créance; et que c'est ainsi que » l'a reconnu la cour de cassation, dans son » arrêt du 7 mars 1811, dans l'affaire *Juin* » contre *Coro,* en décidant que Juin a conservé son privilége par le fait seul que, » dans son Inscription, il a mentionné *la* » *nature de son titre, qui est un bail à* » *rente* (1) ».

Ce jugement paraissait trop bien motivé pour ne pas résister à toute espèce d'attaque. Il a pourtant été infirmé, et les deux Inscriptions qu'il avait annulées, ont été maintenues par un arrêt de la cour royale de Poitiers, du 28 juillet 1814, « Attendu que les » Inscriptions dont il s'agit au procès, ne » sont querellées que par défaut d'indication » suffisante de la nature du titre; que ces » Inscriptions, après avoir énoncé 1°. que » les créances, qu'elles ont pour objet de » conserver, sont exigibles, et 2°. l'époque » de leur exigibilité, indiquent que les créances résultent d'actes authentiques, avec » mention, tant de la date desdits actes, » que des noms des notaires qui les ont reçus, et qu'une telle énonciation remplit » suffisamment le vœu de l'art. 2148 du Code » civil, quant à l'indication qu'il prescrit » de la date et de la nature du titre ».

En prononçant ainsi, la cour royale de Poitiers avait du moins respecté le principe que la mention de la nature du titre est, comme celle de la mention de sa date, une

(1) Cet arrêt est rapporté à l'article *Hypothèque,* sect. 2, §. 2, art. 6.

formalité substantielle de l'Inscription, et elle s'était bornée à faire entendre que cette formalité avait été remplie par équipollence.

Mais il n'y avait rien dans les Inscriptions dont il s'agissait, qui pût être considéré comme équipollent à la mention de la nature du titre; et c'était, pour les sieurs Dupont et Minoret, une puissante raison de croire qu'ils n'attaqueraient pas inutilement cet arrêt par la voie de cassation.

Cependant leur recours a été rejeté par la section des requêtes, le 2 mai 1816,

« Vu l'art. 2148 du Code civil;

» Attendu que cet article exige que toute Inscription hypothécaire énonce la date et la nature du titre; que si l'on doit considérer comme substantielle l'énonciation de la date du titre, parcequ'il importe au public de pouvoir vérifier si l'hypothèque a une cause légitime, il n'en est pas de même de la nature du titre, lorsque, comme dans l'espèce, l'Inscription fait connaître la date du titre authentique, le nom du notaire qui l'a reçu, le montant de la créance inscrite, et l'époque de l'exigibilité; que ces énonciations, en effet, donnent aux tiers intéressés connaissance de tout ce qu'il leur importait de savoir, en leur offrant les moyens de prendre tous les renseignemens qu'ils croient convenables; qu'une telle Inscription ne saurait les induire en erreur, puisqu'ils peuvent vérifier, quand bon leur semble, le titre qui donne naissance à l'hypothèque; et que, dès-lors, le but de la loi se trouve rempli; d'où il résulte qu'en déclarant valables les Inscriptions prises les 5 septembre 1806 et 12 mai 1812, l'arrêt attaqué, loin de contrevenir à aucune loi, en a fait une juste application ».

Qu'il me soit permis de le dire, on peut douter que cet arrêt fasse jurisprudence, quoique la cour royale de Toulouse en ait adopté la décision par un autre du 23 mai 1820, rapporté dans la *Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 20, partie 2, page 292.

En effet, est-ce répondre aux motifs du jugement de première instance de Parthenay, que de dire tout simplement que des tiers *peuvent vérifier, quand bon leur semble, le titre qui donne naissance à l'hypothèque*, et par là en connaître la nature?

Que l'on se reporte à ce que j'ai dit là-dessus au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 4, 2e. question, et j'ose penser que la négative ne trouvera pas un seul contradicteur.

Eh! comment pourrait-elle être contredite? La disposition de l'art. 2148 du Code civil qui prescrit l'indication de la nature du titre de la créance, est commune à l'Inscription prise pour la conservation d'un privilége, et à l'Inscription prise pour la conservation d'une hypothèque. Si donc elle emporte la nullité de l'Inscription qui, prise pour la conservation d'un privilége, ne contient pas l'indication de la nature du titre de la créance, il est bien impossible qu'elle n'emporte pas également la nullité de l'Inscription qui, prise pour la conservation d'une hypothèque, ne contient pas l'indication de la nature du titre de la créance hypothécaire. Or, si un vendeur prenait, pour la conservation de son privilége, une Inscription dans laquelle il se bornerait à dire qu'il s'inscrit sur tel immeuble (celui qu'il a vendu) *pour sûreté de telle somme qui lui est due en vertu de tel acte passé tel jour, devant tel notaire*, sans ajouter que cet acte est un contrat de vente dont sa créance forme le prix, bien certainement cette Inscription serait nulle; et c'est ce que supposent clairement deux arrêts de la cour de cassation, l'un du 7 mars 1811, cité dans le jugement du tribunal de Parthenay ci-dessus transcrit; l'autre, du 16 mars 1820, rapporté ci-après, §. 8 *bis*, n°. 13. Quelle raison y aurait-il, dès lors, pour maintenir une Inscription qui, étant prise pour la conservation d'une hypothèque, indiquerait bien la date, mais non pas la nature du titre par lequel cette hypothèque a été constituée?

Autre question. Lorsque la créance pour la sûreté de laquelle il a été consenti une hypothèque, est fondée sur deux titres de la même nature, mais de dates différentes, et dont l'un, en confirmant l'hypothèque consentie par l'autre, modifie les dispositions de celui-ci, l'Inscription qui est prise en conséquence peut-elle être déclarée nulle, sur le fondement qu'elle n'énonce que la date et la nature du second titre et qu'elle se tait sur celles du premier?

Il est évident que non; et c'est ce qui a été jugé, tant par la cour royale de Caen, que par la cour de cassation, dans l'espèce suivante.

Par acte notarié du 12 septembre 1793, le sieur Provost constitue, au profit du sieur Chapet, une rente perpétuelle de 265 francs, au capital de 5000 francs, avec hypothèque sur tous ses biens présens et à venir.

Le 29 floréal an 7, nouvel acte qui, après avoir rappelé le précédent, et attendu que la rente a été créée durant le cours du papier monnaie, la réduit à 200 francs, au capital de 4000 francs, « laquelle rente (ajoute-t-il)

» sera payée *à l'hypothèque et privilége du* » *susdit contrat de constitution du 12 sep-* » *tembre 1793, et sans y déroger, eu égard* » *à l'hypothèque et privilége d'icelui* ».

Le 26 prairial suivant, le sieur Chapet prend Inscription pour sûreté de sa rente, sur les biens du sieur Provost, *en vertu* (est-il dit dans son bordereau, transcrit sur les registres du conservateur) *d'un contrat passé devant Chevalier, notaire public à Trepied, le 29 floréal an 7, et autres antérieurs.*

Le 8 février 1809, le sieur Chapet prend une nouvelle Inscription pour la même rente et en vertu du même contrat, mais sans ajouter *et autres antérieurs*, et sans faire mention de son Inscription précédente.

Plusieurs années après, les biens du débiteur sont vendus par expropriation forcée; et il s'ouvre devant le tribunal de première instance d'Avranches, pour la distribution du prix, un ordre dans lequel le sieur Chapet est colloqué par le juge-commissaire au premier rang.

Les sieurs Letimonnier et Lepelletier, créanciers inscrits dans l'intervalle du 26 prairial an 7 au 8 février 1809, pour des hypothèques acquises postérieurement à la publication de la loi du 11 brumaire an 7, attaquent cette collocation, et soutiennent que les deux Inscriptions du sieur Chapet sont sans effet contre eux, 1°. parcequ'elles n'énoncent pas la date du titre constitutif de son hypothèque, et que par conséquent elles sont toutes deux radicalement nulles; 2°. parceque la première est périmée, et que la seconde n'énonçant pas qu'elle est prise en renouvellement de celle-ci, n'a pas pu en empêcher la péremption.

Le sieur Chapet répond au premier de ces moyens, que ses deux Inscriptions indiquent suffisamment la date du titre constitutif de son hypothèque, par cela seul qu'il relate celle de l'acte du 29 floréal an 7, puisque cet acte, en confirmant l'hypothèque consentie en sa faveur par celui du 12 septembre 1793, la lui confère de nouveau; et il écarte le second moyen par des raisons dont il sera rendu compte ci-après, §. 8 *bis*, n°. 10.

Le 14 août 1815, jugement qui déclare valables les deux Inscriptions du sieur Chapet, et maintient en conséquence l'état de collocation.

Appel, et le 13 mars 1817, arrêt qui met l'appellation au néant,

« Attendu, en droit, que l'objet principal des lois concernant le régime hypothécaire, est la publicité des hypothèques qui grèvent les biens de chaque propriétaire, de manière qu'en traitant avec lui, la foi publique ne puisse être trompée;

» Que, pour atteindre cet important résultat d'utilité publique, chaque créancier est obligé de faire inscrire ses hypothèques d'après les formes instituées par la loi sur le registre de la conservation des hypothèques ouverts à tous les citoyens indistinctement; que chaque Inscription doit être renouvelée suivant la même forme, dans la dixième année qui suit l'Inscription antérieure, à peine de déchéance de l'hypothèque;

» Que du nombre des formes requises pour la validité de l'Inscription, les unes doivent être considérées comme *substantielles et constitutives* de l'Inscription, tandis que les autres ne sont qu'indicatives d'un mode d'Inscription commun, autant que cela est possible, afin de régulariser par-là les registres de la conservation des hypothèques, et d'en faciliter le compulsoire; que l'inobservation des formalités substantielles et constitutives de l'Inscription en entraîne la nullité;

» Que l'on ne peut considérer comme substantielles et véritablement constitutives de l'Inscription, que les formalités qui ont pour objet de faire connaître aux tiers-intéressés qui compulsent les registres de la conservation des hypothèques, le véritable état des charges qui grèvent chaque propriété, les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur, de telle sorte qu'il ne puisse être causé aucun préjudice ni dommage à des tiers-intéressés.

» Qu'il ne peut être causé aucun préjudice ni dommage aux tiers-intéressés, toutes les fois que l'Inscription les met à portée de connaître la nature et l'étendue des charges qui frappent sur les biens de l'individu grevé par l'Inscription; qu'il suit de là que, si le titre en vertu duquel l'Inscription est faite, relate ou indique des titres antérieurs, il suffit que le tiers-intéressé soit mis à portée, par cette indication, de rechercher et de vérifier la nature et l'étendue de la créance qui fait l'objet de l'Inscription, pour qu'il ne puisse être trompé ni abusé sur la solvabilité de l'individu grevé, et pour que le vœu de la loi soit rempli;

» Attendu, en fait, que les contrats du 12 septembre 1793 et 29 floréal an 7, sont corrélatifs et constitutifs de la même créance, modifiée par le dernier, mais dont l'hypothèque primitive est maintenue à la date du premier de ces contrats; qu'en requérant Inscription en vertu du contrat du 29 floréal an 7 et autres antérieurs, Chapet a

suffisamment averti les tiers-intéressés que le contrat indiqué dans son Inscription, n'était pas le seul titre de sa créance, et qu'il était aisé, en compulsant ces contrats, de connaître la date et les dispositions de celui du 12 septembre 1793 (1);

» Que les tiers, avertis que la deuxième Inscription n'était que le renouvellement de la première, devaient les vérifier toutes les deux, pour connaître la nature et l'origine de l'hypothèque conservée par l'une et l'autre Inscription;

» Qu'ils devaient d'autant plus pousser leurs recherches jusqu'à la première Inscription, qu'ils étaient avertis par l'Inscription en renouvellement de Chapet, que sa créance résultait d'autres titres qu'il s'était cru dispensé de rappeler, parcequ'il les avait mentionnés dans la première Inscription;

» Que, s'ils avaient pris cette précaution, ils auraient connu infailliblement le véritable état des charges qui grevaient les biens de Provost; que par conséquent, ils ne peuvent avec raison se plaindre d'avoir été trompés par l'Inscription de Chapet; que, s'ils n'ont pu être trompés ni abusés, il s'ensuit que le vœu de la loi sur la publicité des hypothèques, a été suffisamment rempli dans l'Inscription qu'ils attaquent, et que la nullité ne peut en être prononcée ».

Les sieurs Letimonnier et Lepelletier se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

Mais leur recours est rejeté par un arrêt contradictoire de la section civile, du 3 février 1819, « attendu que la mention du titre constitutif de la créance et de sa date » est sans doute une formalité substantielle » de l'Inscription, puisqu'elle en constitue la » base; mais qu'ici, l'acte du 29 floréal an 7, » relatant celui du 12 septembre 1793, ainsi » que sa date et ses dispositions, et formant » avec lui un seul et même titre, l'énonciation de cet acte du 29 floréal an 7 a suffi » pour remplir l'objet de la loi; que cet objet » est principalement que le tiers puisse trouver dans une Inscription hypothécaire, » tout ce qu'il est intéressé de savoir pour » régler sa détermination; et que, telles » qu'elles ont été faites les Inscriptions dont » il s'agit, soit par leur contexte, soit par » les notes marginales du conservateur, ne » pouvaient donner lieu à aucune erreur (2) ».

Peut-on assimiler à ce cas celui du concours de deux actes dont l'un renferme, de la part du débiteur, la promesse de fournir un cautionnement hypothécaire, et l'autre fournit le cautionnement: et peut-on en conséquence déclarer valable l'Inscription que le créancier a prise (sur l'immeuble hypothéqué par la caution), non en vertu du second acte, le seul par lequel la caution s'est obligée envers lui, mais en vertu du premier dans lequel celle-ci n'a point paru, et encore moins consenti une hypothèque?

Il est étonnant que la négative ait pu faire la matière du moindre doute. Voici néanmoins une espèce dans laquelle on l'a contestée très-sérieusement sous le prétexte que, dans l'espèce où la question se présentait, le second acte avait été écrit à la suite de la minute du premier.

Le 21 vendémiaire an 6, acte notarié par lequel le sieur Charpentier, traitant avec le ministre de la guerre pour la fourniture des vivres et des fourrages de l'armée d'Allemagne, s'oblige de donner, pour l'exécution du traité, un cautionnement de 1,200,000 francs.

Le 25 brumaire suivant, autre acte passé devant le même notaire, et à la suite de la minute du premier, par lequel les sieurs August, Gimpel et Nerking déclarent se porter caution du sieur Charpentier pour la somme de 1,200,000 francs à laquelle ils affectent tous leurs biens.

Le 21 juillet 1807, l'agent du trésor public prend une Inscription sur les biens du sieur August, pour sûreté de la somme à laquelle sera fixé le réliquat du compte de l'entreprise du sieur Charpentier; et déclare la prendre, non en vertu de l'acte de cautionnement du 25 brumaire an 6, mais en vertu de ce qu'il

(1) Ce motif est-il bien d'accord avec les principes régulateurs de notre système hypothécaire? *V.* ce que j'ai dit là-dessus en traitant la question qui précède celle-ci.

(2) Aurait-on pu juger de même si le sieur Chapet eût eu besoin de son hypothèque primitive du 12 septembre 1793 pour écarter les sieurs Letimonnier et Lepelletier, c'est-à-dire, si ceux-ci eussent acquis leurs hypothèques avant la loi du 11 brumaire an 7, et qu'ils se fussent inscrits avant le délai fixé par les art. 33 et 47 de cette loi et prorogé par celles des 16 pluviôse et 17 germinal de la même année?

Non sans doute; l'Inscription du sieur Chapet du 26 prairial an 7, en n'énonçant que la date du contrat du 29 floréal précédent, n'avait pu conserver que l'hypothèque résultant de ce contrat; elle n'aurait pu, d'après ce qui est dit au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 16, n°. 1, opérer le même effet à l'égard de l'hypothèque résultant du contrat primitif du 22 septembre 1793, qu'autant qu'elle en eût également énoncé la date, et c'est ce qu'elle n'avait pas fait.

appelle *l'acte de cautionnement souscrit par le sieur August, devant notaire, le 21 vendémiaire an 6.*

Cette Inscription est suivie, le 9 août 1810, d'une autre que l'agent du trésor public prend en vertu d'un arrêté du conseil de liquidation, qui détermine le *débet* du sieur Charpentier, et déclare en outre que les sieurs August, Gimpel et Nerking en sont tenus solidairement en leur qualité de cautions.

Ces deux Inscriptions sont renouvelées le 10 avril 1817.

Question de savoir si elles peuvent être opposées au sieur Nottinger, acquéreur des biens du sieur August, par acte du 1er. septembre 1807, dûment transcrit.

Le 3 mars 1820, arrêt de la cour royale de Colmar, qui juge que non,

« Attendu que, d'après la loi (art. 2148 du Code civil), l'Inscription, pour être régulière, doit relater le titre obligatoire en vertu duquel elle est prise, à peine de nullité; qu'au cas particulier, les deux Inscriptions prises au profit du trésor public, les 21 juillet 1807 et 10 avril 1817, ne relatent d'autre titre que celui du 21 vendémiaire an 6, quant à la première Inscription, et que la seconde relate, en outre, un arrêté du conseil de liquidation, en date du 6 mai 1809; qu'il en a été pris une troisième sous la date du 9 août 1810, laquelle ne relate d'autre titre que l'arrêté de liquidation sus-énoncé; qu'à l'égard du sieur Nottinger, le sieur August, son vendeur, n'était lié envers le trésor public que par l'effet du cautionnement souscrit le 25 brumaire an 6, et non par le traité du 21 vendémiaire précédent, mais que le lien unique de l'Inscription, l'acte unique par lequel la caution s'était obligée, était celui du 25 brumaire, et que, par conséquent, celui-là seul pouvait servir de base à l'Inscription; que, dès qu'il n'en est fait aucune mention directe ni indirecte, il s'ensuit qu'elle n'est pas conforme au vœu de la loi; que, pour s'en convaincre de plus en plus, il suffit de se reporter aux motifs et au but de la loi, qui sont de mettre les tiers à même de vérifier la teneur des titres mentionnés en l'Inscription, d'examiner s'ils sont ou non susceptibles de critique, et d'opérer en conséquence avec le débiteur;

» Que, considéré sous ce rapport, l'acte du 21 vendémiaire an 6, étranger à August, dans lequel il ne figura à aucun titre, ne pouvait pas satisfaire au vœu de la loi, puisque rien, dans l'Inscription, n'indiquait l'acte d'après lequel celui du 21 vendémiaire an 6 pouvait être rattaché à August ».

L'agent du trésor public se pourvoit en cassation contre cet arrêt, mais son recours est rejeté par la section civile, le 12 décembre 1821, au rapport de M. Vergès,

« Attendu que l'Inscription prise par le trésor public, le 21 juillet 1807, l'a été, non en vertu de l'acte de cautionnement du 25 brumaire an 6, qui était le seul par lequel August eût concédé hypothèque, mais bien en vertu de l'acte du 21 vendémiaire an 6, dans lequel August n'avait pas été partie;

» Qu'en annulant, sur ce motif, cette Inscription, et en reconnaissant d'ailleurs qu'elle ne contenait aucune énonciation à l'aide de laquelle les tiers fussent mis à portée de découvrir l'erreur et l'omission qui étaient de nature à leur être préjudiciables, la cour royale de Colmar n'a violé aucune loi;

» Attendu, quant à l'Inscription du 9 août 1810, qu'elle est postérieure de plus d'un an à la transcription dudit contrat d'adjudication, et de plus de deux ans au paiement du prix de ladite adjudication;

» Attendu, quant à la dernière Inscription, qu'elle n'a été prise que pour renouveler celle du 21 juillet 1807; que, par conséquent, le sort de cette dernière Inscription a été subordonné au sort de la première qui a été annulée ».

XI. Le bordereau doit contenir « le montant du capital des créances exprimées dans » le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour » les rentes et prestations, ou pour les droits » éventuels, conditionnels, ou indéterminés, » dans les cas où cette évaluation est ordonnée, comme aussi le montant des accessoires » de ces capitaux, et l'époque de l'exigibilité».

La déclaration du montant de la créance est une formalité vraiment substantielle. L'inscription apprendrait en vain que l'immeuble du débiteur est grevé d'une hypothèque, si elle n'apprenait en même temps quel est le montant de la créance hypothécaire. Le créancier doit donc désigner dans son Inscription le capital de la créance exprimé dans le titre. Il y a lieu de penser qu'en remplissant cette formalité, le créancier désignera ce capital d'une manière exacte. Cependant s'il arrivait qu'il portât dans son Inscription une somme moindre ou plus forte que le capital exprimé dans le titre, il ne faudrait pas en conclure que cette inexactitude vicierait ou annulerait l'Inscription pour le tout.

Si la somme déclarée était moindre, l'hypothèque n'aurait reçu sa perfection qu'à concurrence de la somme capitale déclarée. Cette restriction serait dans l'ordre et par-

faitement juste, dans le cas où le créancier, dans l'intervalle de l'obligation à l'Inscription, aurait reçu une partie de sa créance, et où sa créance se trouverait ainsi réduite à la somme déclarée dans l'Inscription : mais l'effet serait encore semblable, lors même que l'omission du créancier ne serait que le fruit d'une erreur ou d'une inadvertance, et que la somme exprimée dans le titre, lui serait due tout entière.

Changeons la thèse, et supposons que l'inscrivant ait déclaré une somme plus forte que celle exprimée dans le titre : le débiteur, dès avant la distribution du prix de l'immeuble, aura sans doute le droit de demander la réduction de la somme inscrite, au vrai montant de la créance, pour rétablir d'autant son crédit : les créanciers, lors de la formation de l'ordre, pourront faire prononcer la même réduction; mais, ni les uns ni les autres ne pourront prétendre que l'Inscription est nulle dans son entier, ni faire rayer cet inscrivant du nombre des créanciers hypothécaires.

La loi exige aussi la déclaration du montant des accessoires des capitaux énoncés dans le titre.

On ne peut guère comprendre sous le nom d'*accessoires*, que les intérêts de la créance, surtout lorsque la créance dérive immédiatement d'un contrat. Si elle dérivait d'un jugement, on pourrait, sous certains rapports, donner le nom d'*accessoires* aux dépens, dommages et intérêts adjugés au créancier; mais on pourrait aussi, sous d'autres rapports, appeler ces dépens une créance capitale exprimée dans le titre, puisque le jugement donne un titre hypothécaire pour le recouvrement de toutes les sommes au paiement desquelles le succombant est condamné, et que les dépens font partie de ces sommes.

On ne doit pas non plus comprendre sous le nom d'*accessoires*, les frais de justice faits ou à faire pour la poursuite du paiement, pour la vente du gage et la distribution du prix qui en provient. Ces frais sont mis par l'art. 2101 du Code civil, au rang des privilèges qui produisent tout leur effet sans le secours de l'Inscription. (*V.* ce qui sera dit à ce sujet, sous les mots *Privilége de créance*).

Le législateur, nous le répétons, entend donc principalement désigner, sous le nom d'*accessoires*, les intérêts résultans de la créance.

Il peut y avoir, lors de l'Inscription, des intérêts déjà échus; il peut se faire, en même temps, que le titre de la créance soit tellement combiné, que de nouveaux intérêts à courir après l'Inscription, doivent se cumuler encore avec ceux déjà échus, avant que le jour du paiement arrive. L'art. 2151 du Code civil règle la manière dont ces intérêts futurs pourront jouir du bénéfice de l'Inscription. Il n'est question ici que des intérêts déjà échus lors de l'Inscription du capital. La loi invite, plutôt qu'elle n'oblige, le créancier à insérer, dans son Inscription, le montant de ces intérêts. S'il les déclare, ces intérêts échus jouiront du même bénéfice de l'hypothèque, et auront le même rang que le capital lui-même. L'hypothèque, en effet, n'étant consolidée que par l'Inscription, et ne prenant rang qu'à la date de cette même Inscription, il est sans inconvénient, et il est parfaitement juste, que le capital et les intérêts échus lors de l'Inscription, qui composent ensemble l'intégrité de la dette existante dans ce moment, jouissent du même avantage. Si le créancier ne déclare pas les intérêts échus, nous dirons de cette omission ce que nous avons dit de celle d'une portion de la créance principale : le créancier n'aura hypothèque et rang, qu'à concurrence de la somme principale déclarée dans l'Inscription : il n'aura d'hypothèque que pour les arrérages échus qu'il aura négligé d'inscrire, qu'à l'aide d'une nouvelle Inscription, dont la date fixera le rang.

La déclaration d'une somme positive est nécessaire; non-seulement lorsque le capital est déterminé par le titre, mais encore lorsqu'il ne l'est pas.

Nous avons vu plus haut, en rapportant la disposition de l'art. 2132 du Code civil, que, si la créance conventionnelle résultant de l'obligation, est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'Inscription que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément. L'art. 2146, qui est notre texte actuel, envisageant le même cas, veut que les créances soient évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels et indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée. L'art. 2153, n°. 3, du même Code ne dispense de cette évaluation que les droits de ce genre, accompagnés d'une hypothèque purement légale, appartenant, soit à l'État, aux communes et aux établissemens publics, sur les biens des comptables; soit aux mineurs ou interdits, sur les biens des tuteurs; soit enfin aux femmes mariées, sur les biens de leurs époux. Il résulte de cette combinaison, que les droits conditionnels, éventuels ou indéterminé, dérivant de la loi d'un jugement, ou de toute autre cause

que celle exprimée dans l'art. 2153, n°. 3, doivent être nécessairement évalués.

[[Ainsi, nul doute que le créancier d'une rente en grains ne doive, dans l'Inscription qu'il prend pour en assurer l'hypothèque, l'évaluer en argent, tant pour le capital que pour les arrérages, d'après les mercuriales du temps où il s'inscrit.

Mais rien n'est plus variable que le prix des grains d'une année à une autre, et il doit arriver fréquemment que le taux des mercuriales soit ou plus bas ou plus élevé au moment où s'ouvre l'ordre du prix des biens du débiteur, qu'il ne l'était à l'époque de l'Inscription. Dans ce cas, sur quel pied la collocation doit-elle avoir lieu?

On a prétendu, dans une instance d'ordre portée devant le tribunal civil de Liége, qu'elle devait avoir lieu sur le pied de l'évaluation résultant du taux des mercuriales au moment où l'ordre avait été ouvert.

L'évaluation prescrite (disait-on) par les art. 17 et 40 de la loi du 11 brumaire an 7 et par l'art. 2146 du Code civil, n'est qu'une formalité extrinsèque, qui n'a pour objet que d'indiquer une valeur approximative et ne peut nuire aux droits du créancier. Les droits du propriétaire d'une rente en grains se réfèrent de toute nécessité, quant au remboursement, à l'époque où ce remboursement, toujours facultatif de la part du débiteur qui en paie exactement les arrérages, sera effectué; et il n'est pas possible de donner, dans le bordereau d'Inscription, une valeur définitive et irrévocable à une pareille créance, puisqu'il dépend toujours du débiteur de se libérer à une époque où le prix en sera plus ou moins élevé.

Mais ces raisons venaient se briser contre le principe d'après lequel l'hypothèque n'a d'effet que par l'Inscription, et que, par suite, c'est par l'Inscription elle-même que doit se déterminer le taux de la collocation à laquelle l'hypothèque donne droit.

Aussi, par jugement du 23 mai 1809, le tribunal de Liége a-t-il décidé que la collocation devait avoir lieu sur le pied de l'évaluation faite par le bordereau d'Inscription; et sur l'appel, ce jugement a été confirmé, le 24 août suivant (1), « attendu que l'art. 40 » de la loi du 11 brumaire an 7, a voulu que » le requérant fût tenu de déclarer, dans son » bordereau, la somme en numéraire à la- » quelle il évalue les rentes et les prestations » pour lesquelles il s'inscrit....; que ce même » article veut que, lorsque la créance est in- » déterminée dans sa valeur, le créancier ne » puisse requérir l'Inscription que jusqu'à » concurrence d'une valeur estimative, par » lui déclarée expressément; qu'il est donc » évident que l'esprit de ces lois est qu'un » créancier ne puisse prétendre hypothèque » pour une plus forte somme que celle qu'il » a déclarée dans le bordereau ».]]

Au surplus, quoique la lettre des articles cités mette sur la même ligne les droits *éventuels, conditionnels ou indéterminés*, et qu'elle semble exiger l'évaluation toutes les fois qu'il s'agira d'un droit ayant l'une de ces trois qualités seulement, cependant, en examinant de près la nature de ces divers droits, on se convaincra que l'indétermination de la créance peut seule entraîner la nécessité de l'évaluation.

Une créance éventuelle ou conditionnelle peut en effet avoir une valeur ou un objet fixe et positif. Il n'y a que la créance indéterminée, dont la valeur n'offrant aucune mesure positive, doit être fixée par une évaluation.

J'achète un fonds à Jean, et je stipule, qu'en cas d'éviction, il sera tenu de me rembourser 1°. le prix, 2°. les dommages et intérêts. La créance est éventuelle et conditionnelle, puisqu'elle ne doit prendre de la consistance que par l'événement de l'éviction; mais la partie de cette même créance qui comprend la restitution du prix, est fixe et positive; tandis que celle qui concerne le paiement des dommages et intérêts, est indéterminée. Si j'ai stipulé une hypothèque sur les biens de Jean, mon vendeur, pour la sûreté de cette obligation, je déclarerai, dans mon Inscription, 1°. une somme égale au prix positif; 2°. une somme estimative des dommages et intérêts que j'aurai à recouvrer. Ainsi, cet exemple tout seul nous présente la distinction des cas où l'évaluation doit ou ne doit pas avoir lieu.

L'évaluation doit aussi être faite dans tous les cas où l'obligation hypothécaire, ne précisant aucune somme déterminée, consiste à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

L'inscrivant doit déclarer l'époque de l'exigibilité de la créance; il le devait de même d'après l'art. 17, n°. 4, de la loi du 11 brumaire an 7. Cette indication est exigée avec autant de rigueur que la précédente.

Les motifs de cette formalité, sous la loi du 11 brumaire an 7, n'étaient pas équivoques.

(1) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles, de Liége et de Trèves, tome 19, pag. 312.

L'art. 15 de la loi accordait aux acquéreurs et aux adjudicataires les mêmes termes et délais qu'avaient les précédens propriétaires de l'immeuble, pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Ces motifs ne peuvent être ceux du Code civil, puisque l'art. 2184 soumet l'acquéreur qui veut purger les hypothèques, au paiement actuel des dettes et charges hypothécaires, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles: mais toute recherche sur les vrais motifs du Code, et tout raisonnement sur la nécessité absolue d'indiquer l'époque de l'exigibilité, deviennent superflus, d'après la loi du 4 septembre 1807, qui est ainsi conçu:

« Art. 1. Dans le délai de six mois, à dater de la promulgation de la présente loi, tout créancier qui aurait, depuis la loi du 11 brumaire an 7, jusqu'au jour de ladite promulgation, obtenu une Inscription, *sans indication de l'époque de l'exigibilité de sa créance, soit que cette époque doive avoir lieu à jour fixe ou après un événement quelconque*, est autorisé à représenter au bureau de la conservation où l'Inscription a été faite, son bordereau rectifié, à la vue duquel le conservateur indiquera, tant sur son registre que sur le bordereau resté entre ses mains, l'époque de l'exigibilité de la créance; le tout, en se conformant à la disposition de l'art. 2200 du Code civil, et sans perception d'aucun nouveau droit.

» 2. Au moyen de cette rectification, l'Inscription primitive sera considérée *complète* et *valable;* si d'ailleurs on y a observé les autres formalités prescrites.

» 3. La présente loi ne s'applique point aux Inscriptions qui auraient été annulées par jugemens passés en force de chose jugée ».

L'on peut induire de cette loi plusieurs conséquences qui sont également sûres.

1°. L'indication de l'époque de l'exigibilité était, sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, une formalité substantielle dont l'omission entraînait la peine de nullité.

2°. Il en est de même sous l'empire du Code civil, puisque l'Inscription dans laquelle on aurait omis d'indiquer l'époque de l'exigibilité, ne deviendra *complète* et *valable*, selon les expressions de la loi, qu'autant que la rectification aura été faite dans le délai de six mois, à partir de la promulgation de la loi; et puisque, d'un autre côté, les jugemens passés en force de chose jugée qui auront annulé ces Inscriptions, doivent être maintenus.

3°. L'époque de l'exigibilité doit être indiquée, non-seulement lorsque l'acquittement de l'obligation est assigné à un jour fixe, mais encore lorsqu'il est subordonné à l'événement d'une condition éventuelle et incertaine, soit quant à la réalité, soit quant au temps de son accomplissement.

4°. Néanmoins les Inscriptions qui pécheront par cette omission, et dont la nullité ne sera pas irrévocablement prononcée par un jugement passé en force de chose jugée, pourront être rectifiées dans les six mois de la promulgation, par l'addition de l'époque de l'exigibilité; et cette addition rendra les Inscriptions faites dans l'intervalle marqué, aussi valables que si l'époque eût été exactement désignée dans le bordereau primitif de l'Inscription.

Indépendamment de ces observations, il se présente ici plusieurs questions qui ont donné lieu à des arrêts qu'il importe de remarquer.

1°. Est-il nécessaire que l'époque de l'exigibilité de la créance soit indiquée dans l'Inscription en termes exprès, et ne suffit-il pas qu'elle le soit en termes équipollens?

Les formalités d'une Inscription hypothécaire ne sont certainement pas plus rigoureuses que celles d'un testament. Or, on verra à l'article *Testament* (sect. 2, §. 1, art. 7), que les formalités testamentaires peuvent être remplies en termes équipollens, pourvu que l'équipollence soit *adéquate et identique*. Il en doit donc être de même des formalités auxquelles sont assujéties les Inscriptions hypothécaires.

Ce principe, déjà consacré, relativement à la formalité de la désignation du créancier, par les arrêts de la cour de cassation, des 15 mai 1809 et 17 décembre 1812, rapportés ci-dessus, n°. 8, l'est encore, relativement à la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité de la créance, par un arrêt de la cour de Turin, du 11 mars 1807, qui déclare valable une Inscription prise en vertu d'une créance énoncée, non comme *exigible*, expression employée par la loi, mais comme *échue*, expression qui présente manifestement le même sens (1).

Même décision dans l'espèce suivante.

Le 21 mars 1806, le sieur Sclogel prend une Inscription sur les biens du sieur Hanozet, pour sûreté d'une créance déterminée et formant la valeur de *deux billets à ordre protestés* que celui-ci a été condamné à lui

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 7, partie 2, page 674.

payer, par un jugement du tribunal de commerce de Namur, du 18 du même mois.

Cette Inscription est critiquée par le bureau central de bienfaisance de Namur, dans l'ordre ouvert sur la distribution du prix des biens du sieur Hanozet; et un jugement par défaut la déclare nulle, comme n'indiquant pas suffisamment l'exigibilité de la créance.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Liége qui infirme ce jugement, et déclare l'Inscription valable « attendu qu'en référant » dans son bordereau que sa créance était » due en vertu d'un jugement portant condamnation d'une somme de 4000 francs » pour deux billets à ordre *protestés*, le sieur » Sclogel avait virtuellement énoncé que la » créance était *exigible*, et qu'il n'était point » nécessaire de désigner autrement l'époque » de l'exigibilité, puisque la créance était » due présentement et sans terme ».

Le bureau central de bienfaisance de Namur se pourvoit en cassation; mais son recours est rejeté par la section des requêtes, le 23 juillet 1812, « attendu que, dans l'hy» pothèse particulière, l'Inscription ayant été » faite pour cause de billets de commerce » protestés, et en vertu de jugement portant » condamnation du montant de ces billets, la » cour d'appel de Liége a pu décider, sans » violer la loi, que la date de l'exigibilité » de la créance y était suffisamment expri» mée (1) ».

Aurait-on pu juger de même si l'Inscription se fût bornée à énoncer la condamnation, sans y ajouter qu'elle avait pour cause deux billets à ordre *protestés?*

Non, parcequ'alors il n'y aurait pas eu équipollence *parfaite et identique*. D'une part, en effet, le jugement aurait pu accorder un délai au débiteur; et ce n'eût été qu'à l'expiration de ce délai que le paiement se fût trouvé exigible. D'un autre côté, la condamnation aurait pu être conditionnelle, et dans ce cas, l'exigibilité n'eût été déterminée que par l'événement de la condition. La simple énonciation qu'une Inscription est prise pour la conservation de l'hypothèque résultant de tel jugement, ne peut donc pas équipoller à l'énonciation expresse de l'exigibilité.

Et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 1er. août 1809, « at» tendu 1°. que la loi ne distingue point pour » l'indication de l'exigibilité entre les hypo» thèques judiciaires et les hypothèques con» ventionnelles; 2°. que le motif de la loi a » été que l'acquéreur, sur le vu des Inscrip» tions, connût parfaitement et avec certi» tude, et les sommes exigibles, et l'époque » de leur exigibilité (1) ».

C'est ce qu'a également jugé un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 23 du même mois, « attendu que le sieur Dozin, en énonçant, » dans son Inscription du 22 novembre 1806, » que sa créance était due aux termes de » deux jugemens du tribunal civil de Liége, » des 11 juin et 2 août 1816, n'avait pas dé» signé à suffisance de droit l'époque de l'exi» gibilité de sa dite créance; qu'en effet, » annoncer qu'une créance est due aux ter» mes de deux jugemens, ce n'est point dire » que la créance est due présentement, et » qu'on pourrait d'autant moins le dire, dans » l'espèce, qu'il y avait eu des termes et » délais accordés par lesdits jugemens (2)».

La question s'est représentée depuis devant la cour royale de Rennes, et a encore été jugée dans le même sens.

Le 9 fructidor an 11, le sieur de Constant et le sieur Davois prennent Inscription sur les biens du sieur Bertrand de Saint-Pern, pour des créances qu'ils déclarent simplement *être liquidées et dues, et résulter d'un jugement du tribunal civil de Nantes, du 14 thermidor an 11.*

Cette Inscription est critiquée par d'autres créanciers du sieur Bertrand, sur le fondement qu'elle n'indique pas suffisamment l'époque de l'exigibilité des créances qu'elle a pour objet.

Le 16 juillet 1812, jugement du tribunal de première instance de Nantes, qui la déclare nulle, « attendu qu'une créance peut bien » être due sans être par cela même exigible; » que le mot *liquidées* n'annonce pas davantage » que les créances dont il s'agit soient paya» bles sans délai; et qu'ainsi, l'Inscription ne » remplit point le vœu de la loi qui exige la » mention de l'époque de l'exigibilité ».

Et sur l'appel, arrêt du 22 juin 1813, qui confirme ce jugement par les mêmes motifs.

Recours en cassation contre cet arrêt; et le 15 janvier 1817, arrêt contradictoire qui le rejette, « attendu que la cour royale de » Rennes, en annulant l'Inscription prise le » 9 fructidor an 11, au nom des sieurs de

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1812, page 604.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 10, partie 2, page 67.

(2) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles, de Liége et de Trèves, tome 10, page 312.

» Constant et Davois, par la raison que cette » Inscription ne contenant en termes formels » ou équipollens, ni la mention de l'exigibi- » lité de la créance inscrite, ni la mention de » l'exigibilité au moment de l'Inscription, » n'a pas formellement contrevenu à cette » loi (1) ».

2°. Comment doit-on, dans une Inscription prise pour une rente dont le capital, hors le cas prévu par l'art. 1912 du Code civil, n'est remboursable qu'à la volonté du débiteur, remplir la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité?

Le bon sens nous dit que là où il n'y a point d'exigibilité, il est impossible d'en énoncer l'époque. On ne peut donc, dans ce cas, remplir la formalité dont il s'agit, que par équipollence, et c'est ce que l'on fait, c'est même ce que l'on doit faire, en énonçant que la créance pour laquelle on prend Inscription, n'est pas exigible, ou ce qui revient au même, qu'elle consiste en une rente constituée, soit à prix d'argent, soit par tradition de fonds, soit par don ou legs.

Il n'est pas même nécessaire d'énoncer expressément dans l'Inscription que le capital deviendrait exigible, conformément à l'art. 1912 du Code civil, si le débiteur laissait passer deux années sans payer les arrérages; car on l'énoncerait implicitement par cela seul que l'on signalerait la créance comme une rente.

Aussi un arrêt de la cour d'Appel de Bruxelles, du 17 février 1807, a-t-il déclaré valable une Inscription prise en l'an 8 par les sieur et demoiselle Donglas pour une rente constituée à prix d'argent, et qui était attaquée sous le prétexte qu'elle se bornait à indiquer la nature et la date du titre, et ne faisait aucune mention de l'époque de l'exigibilité : « l'Ins- » cription prise par les sieur et demoiselle » Donglas (y est-il dit) se trouve revêtue des » formes prescrites par la loi du 11 brumaire » an 7, d'autant que le titre qui en a été la » base, est un acte de constitution de rente, » et que le capital d'une rente constituée n'é- » tant pas exigible, il n'a dû être énoncé d'au- » tre époque d'exigibilité de la créance, sinon » celle de la date à laquelle l'acte constitutif » de cette même rente a pris naissance, qui » renferme explicitement celle de l'exigibilité » de l'intérêt annuel (2) ».

Un arrêt semblable a été rendu, le 5 février 1810, par la cour d'appel de Turin en faveur de la commission des hospices de cette ville, contre le sieur Garda; et il a été maintenu par un arrêt de la section des requêtes de la cour de cassation, du 2 avril 1811, « attendu » que l'Inscription dont il s'agit, ayant été » faite pour sûreté du paiement d'une rente » perpétuelle et désignée comme telle, le » moyen de l'omission de l'époque de l'exigi- » bilité est dénué de fondement ».

3°. Cette dernière espèce présentait une autre question qui n'était pas aussi simple : il s'agissait de savoir si du moins l'époque de l'exigibilité des arrérages ne devait pas être énoncée dans l'Inscription; et si, à défaut de cette énonciation, l'Inscription ne devait pas être sans effet quant aux arrérages réclamés contre le sieur Garda en sa qualité de tiers-détenteur.

La cour d'appel de Turin avait jugé que non, « attendu (avait-elle dit) que la commis- » sion des hospices ne poursuit pas contre » Garda le paiement des arrérages au-delà de » deux années, pour lesquelles l'art. 19 de la » loi du 11 brumaire an 7, lui conserve le » même rang d'hypothèque que pour le capi- » tal; et ce, par l'effet de l'Inscription de ce- » lui-ci ».

Le sieur Garda invoquait, contre cette partie de l'arrêt, l'art. 17, n°. 4, de la loi du 11 brumaire an 7, et l'art. 2148, n°. 4, du Code civil, aux termes desquels toute Inscription doit contenir le montant des capitaux *et accessoires et l'époque de leur exigibilité*. Vainement (disait-il) la cour d'appel a-t-elle fait une distinction entre les arrérages échus avant l'Inscription, et les arrérages qui, au moment de l'Inscription, étaient encore à échoir : cette distinction n'est autorisée ni par le texte ni par l'esprit de la loi. Qu'importe que la loi assure aux arrérages des deux dernières années le même rang d'hypothèque qu'au capital? Par cette disposition, la loi dispense bien le créancier de multiplier les Inscriptions pour la conservation des arrérages à échoir; elle assure bien à l'Inscription prise pour conserver le capital, un effet anticipé pour deux années à échoir et l'année courante; mais elle ne dégage point, par cela seul, le créancier de l'obligation de mentionner l'époque de leur exigibilité; elle n'attache, au contraire, cet effet anticipé qu'à une Inscription *régulière*; elle ne conserve les arrérages à échoir qu'autant qu'ils sont valablement inscrits.

Le sieur Garda aurait pu ajouter que la question avait été ainsi résolue par deux lettres circulaires, l'une du ministre de la jus-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1817, page 333.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 19, page 365.

tice, du 21 juin 1808, l'autre du ministre des finances, du 5 juillet de la même année. « Le » créancier d'une rente (est-il dit dans la pre- » mière) n'est pas tenu d'indiquer dans l'Ins- » cription, l'époque de l'exigibilité qui peut » avoir lieu en vertu de l'art. 1912 du » Code civil; et en y désignant la nature » et la date du titre, ainsi que le mon- » tant du capital, il a parfaitement rempli, » quant au capital, l'esprit et l'intention de » la loi, puisqu'il ne doit déterminer d'autre » époque d'exigibilité que celle qui résulte » de son titre; mais quant aux arrérages, il » doit en désigner non-seulement le taux ou » le montant, mais encore l'époque de leur » échéance ou de leur exigibilité. Cette obli- » gation est commandée en termes exprès » par la loi du 11 brumaire an 7, et par l'art. » 2158 du Code civil ».

Cependant le recours en cassation du sieur Garda a été rejeté pour les arrérages comme pour le capital.

Suivant les auteurs du *Journal des audiences de la cour de cassation* (année 1811, page 195), « on peut, pour justifier cette » décision, observer que la loi ne prescrit » pas la mention de l'exigibilité des *acces-* » *soires* des capitaux non exigibles, et par » conséquent affranchit de cette formalité; » que, lorsque l'Inscription a porté sur des » arrérages échus, l'inscrivant a mentionné » leur exigibilité, par cela seul qu'il a déclaré » la prendre pour les arrérages; que, quant » aux arrérages postérieurs ou à échoir, ils » sont conservés par l'effet seul de l'Inscrip- » tion pour deux ans, indépendamment de » l'année courante, et que par conséquent il » n'est pas nécessaire d'indiquer dans l'Ins- » cription l'époque de leur exigibilité ».

Mais cette observation ne lève pas, à beaucoup près, la difficulté.

Sans doute, énoncer dans une Inscription que des arrérages sont *échus* au moment où elle est prise, c'est énoncer suffisamment qu'ils sont actuellement exigibles.

Mais quant aux arrérages à échoir, sous quel prétexte voudrait-on que la loi les eût affranchis de la mention de l'époque de leur exigibilité? Dire que ce sont des accessoires d'un capital non exigible, c'est méconnaître leur nature : les arrérages d'une rente ne sont pas (comme je le prouverai à l'article *Rente constituée*, §. 11, n°. 5), les accessoires de la somme qui en forme le capital, ils en sont le prix, et jamais on ne s'est avisé de prétendre que le prix d'une chose en fût l'accessoire. Et d'ailleurs de ce qu'ils ne seraient que les accessoires du capital non exigible de la rente, s'ensuivrait-il qu'ils ne fussent pas soumis à la mention de l'époque de leur exigibilité? La loi exige cette mention pour tout ce qui est exigible; elle l'exige donc pour ce qui est exigible comme accessoire, ni plus ni moins que pour ce qui est exigible comme capital.

Conclurons-nous de là que l'arrêt de la cour d'appel de Turin, du 5 février 1810, et celui de la cour de cassation, du 2 avril 1811, ont mal jugé quant aux arrérages?

Non, et il se présente, pour les justifier à cet égard, une raison très-simple : l'Inscription qu'ils avaient pour objet, indiquait la date du titre constitutif de la rente, et par conséquent le jour à partir duquel la rente avait commencé à courir; or, indiquer le point de départ du cours d'une rente annuelle, c'est indiquer virtuellement le point de son échéance, puisqu'elle échoit nécessairement à la fin du 365e. jour après le commencement de son cours; c'est donc remplir par une *équipollence adéquate et identique*, la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité.

4°. Comment doit être indiquée l'époque de l'exigibilité, lorsque la créance est exigible au moment où se prend l'Inscription? Est-il nécessaire d'indiquer l'époque où elle est précédemment devenue telle? Faut-il au moins énoncer qu'elle l'est actuellement? Ou bien suffit-il de dire simplement qu'elle est *exigible*, et cette expression équivaut-elle à l'indication d'une exigibilité actuelle?

De ces trois partis, le premier ne paraît avoir été encore soutenu par personne; et en effet, le moyen de prétendre que, par les mots *l'époque de l'exigibilité*, la loi entende autre chose que l'époque de l'exigibilité actuelle ou future? Qu'importe aux tiers, dans le seul intérêt desquels est exigée la mention de l'exigibilité, que la créance qui est actuellement exigible, le soit depuis plus ou moins de temps?

Mais la question de savoir si, dans le cas dont il s'agit, la simple énonciation que la créance est exigible, remplit le vœu de la loi, c'est-à-dire, si elle équivaut à l'indication d'une exigibilité actuelle, paraît avoir été controversée. Du moins les auteurs du *Journal des audiences de la cour de cassation* (année 1811, page 329) citent, comme ayant jugé pour la négative, un arrêt de la cour d'appel de Nîmes, du 13 juillet 1808, un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 1er. août 1809, et un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 24 du même mois.

J'ignore si la citation est exacte quant au premier de ces arrêts; mais je sais qu'elle ne l'est pas quant au second et au troisième, qui portaient, comme on l'a vu plus haut (n°. 10), sur une toute autre question, sur celle de savoir si énoncer qu'une somme est due en vertu de condamnations judiciaires, c'est énoncer suffisamment qu'elle est actuellement exigible.

Du reste, les mêmes auteurs conviennent que l'opinion contraire a fini par prévaloir.

Elle a été, en effet, adoptée

Par un arrêt de la cour d'appel de Riom, du 15 janvier 1810, « attendu que V..... avait » déclaré la créance exigible; que dire qu'une » créance est exigible, c'est dire, suivant la » valeur même de l'expression, qu'elle est » exigible actuellement, puisque ce qui ne » sera dû qu'à des termes futurs, n'est pas » réellement et actuellement exigible »;

Par un autre arrêt de la même cour, du 21 février de la même année, motivé à peu près dans les mêmes termes;

Par un arrêt de la cour d'appel de Douai, du 28 avril suivant, « attendu qu'il résulte » de l'art. 2148 du Code civil et de la loi du » 4 septembre 1807, que l'époque de l'exi- » gibilité d'une créance ne doit être indi- » quée dans une Inscription hypothécaire, » que lorsque cette époque doit avoir lieu à » jour fixe, ou après un événement quelcon- » que; que l'Inscription dont il s'agit a été » prise en vertu de jugemens, pour des » créances échues, au paiement desquelles » le débiteur a été condamné; que, par suite, » les créances étaient exigibles, mais non » pas à jour fixe, les jugemens n'ayant dé- » terminé aucune époque de paiement des » créances qui étaient des condamnations, » et que Fallempin a énoncé dans ses borde- » reaux que les créances étaient exigibles, » ce qui se réfère à des créances échues, et » dont l'exigibilité doit avoir lieu au mo- » ment de l'Inscription prise en vertu des » jugemens de condamnation »;

Par un arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 11 juin de la même année, « attendu qu'il » suffit, pour la validité des Inscriptions, » d'y trouver la mention que la créance est » exigible, parceque cette simple énoncia- » tion indique une exigibilité actuelle »;

Par un arrêt de la cour d'appel de Nîmes, du 23 décembre de la même année, « attendu » qu'en déclarant, dans leur Inscription hy- » pothécaire, que la créance qui en était » l'objet était exigible, les sieurs Amalric et » Dumas ont, par-là même, déclaré que » cette créance pouvait être exigée, et pou- » vait l'être au moment même de l'Inscrip- » tion; que tel est le sens du mot *exigible*, » quand il n'est modifié par aucun adverbe » de temps, et qu'il n'est point appliqué à » une créance mise en opposition avec une » autre créance inexigible de sa nature; qu'il » est donc vrai de dire que l'Inscription des » sieurs Amalric et Dumas a satisfait à l'o- » bligation de mentionner l'époque de l'exi- » gibilité de la créance inscrite; que, lors- » qu'au temps de l'Inscription, la créance se » trouve déjà échue, l'obligation de mention- » ner l'époque de l'exigibilité n'est pas l'o- » bligation de dire à quel moment elle a » commencé d'être exigible; que l'exigibilité » d'une créance non encore échue ne peut » être indiquée, sans doute, que par la dé- » signation précise du jour où elle écherra; » mais qu'à l'égard d'une créance déjà échue, » son exigibilité embrassant tout le temps » qui s'écoule jusqu'à son paiement, l'épo- » que de cette exigibilité se trouve toujours » suffisamment mentionnée, quand l'Inscrip- » tion fait connaître que son échéance est » arrivée; que tel est évidemment l'objet de » la loi, quand elle a prescrit cette formali- » té; qu'elle a voulu mettre les intéressés » à portée de connaître complètement la po- » sition de celui avec lequel ils auraient à » traiter, et qu'ils ne pourraient la bien con- » naître, s'ils ne savaient l'époque à laquelle » devaient être acquittées les charges dont » ils étaient grevés; qu'ainsi que l'observait » l'orateur du gouvernement, en exposant » les motifs de la loi du 4 septembre 1807, » *il y a une extrême différence entre une* » *somme de* 100,000 *francs, exigible dans le* » *moment même, et pareille somme exigible* » *dans dix ans;* mais qu'une fois qu'une » créance est échue, une fois qu'elle est exi- » gible, il importe peu de savoir à quel mo- » ment elle a commencé de l'être, parce- » qu'elle n'est ni plus ni moins onéreuse au » débiteur, soit qu'elle ait pu être exigible » depuis dix ans, soit qu'elle n'ait pu l'être » que depuis dix jours; qu'ainsi, l'Inscription » dont il s'agit, appréciant par le mot *exigi-* » *ble*, employé sans restriction, que la créance » inscrite était échue, elle satisfait, en même » temps, et à la lettre et à l'esprit de la » loi »;

Enfin, par un arrêt de la cour de cassation, section des requêtes, du 9 juillet 1811, qui maintient celui déjà cité de la cour de Douai, du 28 avril 1810, « attendu que la » créance dont il s'agit, était *exigible* lors » de l'Inscription; qu'en déclarant, dans le

» bordereau, que cette créance était *exigi-*
» *ble*, sans énoncer depuis quel jour il avait
» été suffisamment satisfait à la loi, et que,
» par conséquent, l'arrêt dénoncé n'a point
» contrevenu à l'art. 2148 du Code civil, ni
» à la loi du 4 septembre 1807 (1). »

5°. L'inexactitude de l'indication de l'époque de l'exigibilité vicie-t-elle l'Inscription, comme la vicierait l'omission entière de cette indication?

Indiquer inexactement, dans une Inscription, l'époque de l'exigibilité, et ne pas l'indiquer du tout, c'est absolument la même chose; l'un doit donc emporter comme l'autre la nullité de l'Inscription; et c'est ce qu'a jugé, dans l'espèce suivante, un arrêt de la cour de cassation.

Le sieur Godefroy, créancier par acte public du 6 pluviôse an 11, d'une somme exigible *le premier nivôse an* 12, avait pris une Inscription portant qu'elle était exigible *le premier nivôse an* 11.

Cette Inscription fut attaquée, dans l'ordre du prix des biens du débiteur, par d'autres créanciers inscrits postérieurement au sieur Godefroy; et un jugement du tribunal de première instance de Bayeux la déclara valable, 1°. parceque c'était par une erreur qui se rectifiait d'elle-même, qu'elle avait fixé l'époque de l'exigibilité au premier nivôse an 11; 2°. parceque cette erreur n'avait pu tromper, à son préjudice, aucun des créanciers qui s'en prévalaient.

Sur l'appel de ce jugement et pendant que la cause s'instruisait devant la cour de Caen, survint la loi du 4 septembre 1809; et le sieur Godefroy, profitant de ses dispositions, fit rectifier son Inscription relativement à l'époque de l'exigibilité de sa créance.

Mais il n'en intervint pas moins à la cour d'appel de Caen, le 3 décembre 1808, un arrêt qui réforma le jugement du tribunal de Bayeux, « attendu que l'Inscription prise
» par Godefroy, n'est pas conforme à son
» titre, et porte une époque d'exigibilité
» différente; que la loi du 4 septembre 1807
» n'a point autorisé la rectification de pareilles erreurs, et qu'une loi d'exception
» ne doit pas s'entendre d'un cas à un autre ».

Le sieur Godefroy s'est pourvu en cassation, et le 9 avril 1811, arrêt qui, « vu
» la loi du 4 septembre 1807, et attendu
» 1°. que l'*erreur intervenue dans l'Inscription*
» prise par le sieur Michel Godefroy, *relativement à la date de l'exigibilité de sa*
» *créance* sur François Grezel, *la plaçait*
» *dans la classe et dans l'ordre des Inscrip-*
» *tions dans lesquelles l'époque de leur exi-*
» *gibilité avait été omise;* d'où il suit que le
» sieur Godefroy pouvait profiter du bénéfice de la loi du 4 septembre 1807, qui
» permettait aux créanciers inscrits de réparer une pareille omission; 2°. qu'en se
» conformant, comme il l'a fait, à la disposition de cette dernière loi, son Inscription était devenue régulière et parfaite;
» et qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel de Caen a contrevenu à ladite loi;
» casse et annulle... ».

Cet arrêt juge clairement, comme l'on voit, qu'il n'y a aucune différence entre une Inscription dans laquelle est omise l'époque de l'exigibilité de la créance et l'Inscription dans laquelle cette époque est mal indiquée; et que celle-ci est frappée de la même nullité que celle-là.

Il est cependant à remarquer que, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, l'erreur commise par le sieur Godefroy, relativement à l'époque de l'exigibilité de sa créance dans son Inscription, n'avait ni nui ni pu nuire aux créanciers qui s'étaient inscrits postérieurement; et c'est de là qu'était parti le tribunal de première instance, dans son second motif, pour maintenir son Inscription. Que veut la loi, avait-il dit sans doute, en exigeant que l'époque de l'exigibilité soit désignée dans l'Inscription? Rien autre chose que mettre les tiers à portée de connaître la véritable étendue des obligations du débiteur, et les préserver par-là des risques qu'ils courraient à le supposer moins grevé qu'il ne l'est effectivement. Elle tromperait donc le but de la loi, et par conséquent elle serait nulle, l'Inscription qui énoncerait, par exemple, comme exigible dans cinq années seulement, une créance qui l'est dans deux années, puisque, suivant la maxime, *plus solvit qui citiùs solvit*, celui-là doit plus qui doit payer plutôt. Mais il n'en est pas de même de l'Inscription qui, au lieu de reculer, avance l'époque de l'exigibilité de la créance : bien loin de présenter le débiteur comme devant moins qu'il ne doit, elle le présente comme devant plus; et non-seulement elle n'offre point d'appât aux tiers pour lui confier leurs fonds, mais elle ne peut, au contraire, servir qu'à les en détourner. Elle ne leur nuit donc pas par l'inexactitude qu'elle renferme; et dès-là, quel prétexte auraient-ils pour se faire de cette inexactitude un moyen de nullité?

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, à l'endroit cité.

Mais cette raison n'a fait aucune impression sur la cour d'appel de Caen; et l'arrêt de cette cour n'a été cassé que parcequ'il avait mal à propos jugé la loi du 4 septembre 1807 inapplicable au vice résultant, dans une Inscription, de la fausse indication de l'époque de l'exigibilité.

Cet arrêt est donc resté intact en tant qu'il avait jugé que la fausse indication de l'époque de l'exigibilité vicie l'Inscription, lors même qu'il n'en est résulté aucun préjudice pour le créancier qui s'en fait un moyen de nullité. Il est d'ailleurs évident que la cour de cassation a présupposé la même chose en cassant cet arrêt.

Mais la question s'étant représentée depuis dans une espèce semblable, a été jugée tout différemment.

Le 16 vendémiaire an 10, acte notarié par lequel les sieurs Caulin et Deschamps empruntent de la veuve Augrand-la Tanchère une somme de 3428 livres tournois, qu'ils s'obligent de lui rembourser *dans cinq ans*, avec intérêts à cinq pour cent, et affectent au paiement de cette créance une ardoisière qui leur appartient à chacun pour moitié.

Le 17 du même mois, une Inscription est prise, en vertu de ce contrat, par la dame la Tanchère; mais dans le bordereau qui en est dressé, la créance est énoncée comme exigible *dans deux ans*, tandis que le contrat qui y est rappelé, fixe lui-même à cinq ans l'époque de l'exigibilité.

Par acte notarié du 15 mars 1807, le sieur Deschamps, l'un des emprunteurs, prend à bail des sieur et dame Desprets, pour un terme de neuf ans, quelques immeubles au fermage annuel de 641 francs; et par le même acte, les sieur et dame Deschamps lui prêtent une somme de 2560 francs, pour laquelle, en s'obligeant de la leur rembourser à la fin du bail, il leur donne une hypothèque spéciale sur sa moitié de l'ardoisière déjà affectée à la dame la Tanchère.

Le 9 avril suivant, les sieur et dame Desprets prennent, sur cette moitié d'ardoisière, une Inscription pour sûreté de la somme prêtée par eux au sieur Deschamps, laquelle, disent-ils, *est remboursable à la fin du bail de neuf ans, qu'ils lui ont passé par acte notarié du* 15 *mars* 1807, mais sans énoncer l'époque à laquelle ce bail doit commencer.

Le 15 mai de la même année, et en vertu d'un jugement du 15 mars précédent, le sieur Bertèche prend une Inscription sur l'ardoisière des sieurs Caulin et Deschamps, pour une somme de 6000 francs, non exigible mais remboursable à la volonté du débiteur.

En 1808 et 1809, les sieurs Caulin et Deschamps vendent chacun la moitié qui leur appartient dans l'ardoisière; et dans la distribution du prix de ces deux ventes, le sieur Bertèche prétend se faire colloquer tant avant la dame la Tanchère qu'avant les sieur et dame Desprets: avant la dame la Tanchère, parcequ'elle a, dans son Inscription, présenté sa créance comme exigible trois ans plutôt qu'elle ne l'était réellement; et avant les sieur et dame Desprets, parceque leur Inscription, en se taisant sur l'époque à laquelle avait dû commencer le bail de neuf ans, du 15 mars 1807, a véritablement omis l'énonciation de l'époque à laquelle leur créance était remboursable.

Mais la dame la Tanchère et les sieur et dame Desprets n'en sont pas moins colloqués avant le sieur Bertèche; et leur collocation est maintenue, d'abord, par un jugement du tribunal de première instance de Rocroi, du 19 juillet 1810; ensuite, par un arrêt de la cour d'appel de Metz, du 10 juillet 1811, motivé 1°. « sur ce que la loi ne prononce la » nullité d'une Inscription que lorsque l'ins» cription n'énonce pas l'époque de l'exigi» bilité; mais que cette nullité n'est pas pro» noncée, s'il n'est intervenu qu'une simple » erreur dans la mention de la date de l'exi» gibilité; 2°. sur ce qu'au surplus le sieur » Bertèche se plaignait sans motif de cette » erreur, puisqu'elle ne lui avait causé au» cun préjudice ».

Le sieur Bertèche se pourvoit en cassation; mais son recours, d'abord admis par la section des requêtes, est définitivement rejeté par arrêt contradictoire de la section civile, du 3 janvier 1814, « attendu qu'il y a men» tion, dans les deux Inscriptions, d'un » terme d'exigibilité de la créance; que l'er» reur intervenue dans l'énonciation de la » date de leur exigibilité, n'ayant pu nuire » au demandeur, et que celui-ci n'ayant pas » même allégué que cette erreur lui eût causé » aucun préjudice, la cour de Metz a pu dé» cider, sans violer aucune loi, que ces Ins» criptions étaient valables ».

Cet arrêt s'accorde parfaitement avec ceux de la même cour, des 17 août 1813 et 9 novembre 1815, qui jugent ainsi qu'on l'a vu à l'article *Hypothèque* (sect. 2, §. 2, art. 10, n°. 4), que l'erreur dans la date du titre ne vicie pas l'Inscription, lorsqu'elle n'a pu donner lieu, de la part du créancier qui l'oppose, à aucune méprise dommageable. Mais s'accorde-t-il également avec les règles de la matière?

Je le dis à regret, mais je dois le dire,

malgré la déférence respectueuse que je professe hautement, et par devoir autant que par sentiment, pour les décisions de la cour suprême : Non, et il me paraît, au contraire, devoir céder aux raisons par lesquelles je me suis permis, à l'endroit cité, de combattre les deux arrêts de 1813 et de 1815.

Que résulterait-il d'ailleurs, en bonne logique, du principe adopté par cet arrêt, que c'est à raison du dommage causé ou non causé à des tiers, que doit être réglé l'effet de l'erreur commise dans une Inscription hypothécaire, sur l'époque de l'exigibilité de la créance?

Il en résulterait sans doute que, lorsque cette erreur n'a point causé de dommage, c'est-à-dire, lorsqu'au lieu de reculer l'époque de l'exigibilité de la créance, elle l'a avancée, elle ne devrait pas empêcher l'Inscription d'être valable; et c'est ce que juge l'arrêt dont il s'agit.

Mais il en résulterait aussi que, lorsque cette erreur a causé quelque dommage, c'est-à-dire, lorsqu'elle a présenté comme exigible à une époque encore éloignée, une créance qui était actuellement exigible, ou qui l'était prochainement, elle ne devrait pas, pour cela, être déclarée purement et simplement nulle; et qu'il y aurait seulement lieu de la réduire jusqu'à concurrence du dommage causé; car jamais une action ou une exception qui n'est fondée que sur un dommage que l'on a souffert, ne peut aboutir qu'à la réparation de ce dommage; en sorte que le créancier qui aurait par erreur reculé dans son Inscription l'époque de l'exigibilité de sa créance, n'en devrait pas moins être colloqué, mais qu'il faudrait retrancher de sa collocation au profit des tiers trompés par sa fausse indication, les intérêts que le capital de sa créance produirait dans l'intervalle de la véritable époque de l'exigibilité à l'époque qu'il y a erronément substituée.

Voilà deux conséquences qui dérivent parallèlement et nécessairement du principe sur lequel repose l'arrêt du 3 janvier 1814. Or, de ces deux conséquences, il y en a une qui est évidemment fausse, et c'est la seconde, puisque, d'une part, la loi du 4 septembre 1807 assimile parfaitement, ainsi que l'a jugé textuellement, en faveur du sieur Godefroy, l'arrêt de la cour de cassation du 9 avril 1811, la fausse indication de l'époque de l'exigibilité à l'entière omission de cette époque; et que, de l'autre, il résulte clairement de cette loi que l'Inscription dans laquelle a été omise l'époque de l'exigibilité, doit, à raison de cela seul, être annulée indéfiniment.

Mais si cette seconde conséquence est fausse, il est bien impossible que le principe dont elle n'est que le corollaire forcé, soit vrai; et dès que ce principe est faux, nul prétexte pour n'en pas rejeter la première conséquence, comme la seconde.

6°. On trouvera ci-après, n°. 15 *bis*, une autre question sur la mention de l'époque de l'exigibilité.]]

XII. Enfin, la dixième et dernière formalité consiste en ce que l'inscrivant doit indiquer l'espèce et la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilége ou son hypothèque.

Cette obligation est de rigueur : mais elle se borne aux cas où un immeuble particulier est spécialement soumis à l'hypothèque ou au privilége.

Ces cas, quant à l'hypothèque, sont celui où l'hypothèque a été stipulée par convention (1) et celui où elle a été accordée par la loi au légataire particulier d'une somme sur les immeubles de la succession échue à la personne chargée de l'acquittement du legs.

Nous expliquerons, sous les mots *privilége de créance*, quels sont les priviléges qui sont spécialement assis sur un immeuble, et dont l'Inscription doit conséquemment contenir l'indication de l'espèce et de la situation des biens spécialement affectés au privilége.

La disposition de l'art. 2148, n°. 5, ainsi qu'il s'en explique lui-même, ne regarde ni les hypothèques judiciaires ni les hypothèques légales, autres néanmoins que celle du légataire particulier sur les immeubles de la succession affectés en faveur du legs : à défaut de convention, est-il dit dans le même article, une seule Inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau.

On quasi-contracte en jugement. Et il serait possible que dans une discussion judiciaire, l'une des parties eût consenti à ce qu'un immeuble désigné fût spécialement affecté à l'hypothèque envers l'autre partie; hors ces cas, qui sont assez rares, il n'existe pas de convention qui modifie l'effet des hypothèques judiciaires.

Il n'en est pas de même des hypothèques légales des femmes et des mineurs : nous avons vu plus haut qu'il est permis de concentrer l'hypothèque légale qui leur appartient, sur certains immeubles, soit du mari, soit

---

[[(1) *V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 3, art. 6, n°. 6.]]

du tuteur, soit dans le contrat de mariage, soit dans la délibération du conseil de famille.

Lorsque l'hypothèque se trouvera ainsi spécialisée, ou par le jugement, ou par le contrat de mariage, ou par l'avis du conseil de famille, l'Inscription devra contenir l'indication de l'espèce et de la situation des biens affectés à l'hypothèque. Mais lorsqu'aucune convention pareille n'aura modifié les effets naturels et ordinaires de l'hypothèque légale et de l'hypothèque judiciaire, une seule Inscription frappera tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau, sans qu'il soit nécessaire d'en désigner ni la nature, ni l'espèce, ni la situation.

Une difficulté reste : c'est celle de savoir si cette Inscription unique se bornera aux immeubles que le débiteur possède au moment où elle est faite; ou bien si elle embrassera tout à la fois les immeubles alors existans dans la main du débiteur, et tous ceux qu'il pourrait acquérir par la suite.

Cette difficulté disparaissait devant la loi du 11 brumaire an 7. L'hypothèque judiciaire, selon l'art. 4 de cette loi, ne pouvait affecter que les biens appartenans au débiteur lors du jugement. Ainsi, l'Inscription postérieure ne pouvait atteindre, ni les immeubles futurs du débiteur, ni même ceux acquis dans l'intervalle du jugement à l'Inscription, puisque ni les uns ni les autres n'étaient soumis à l'hypothèque.

L'hypothèque des femmes sur les biens de leurs maris, ainsi que toutes les autres hypothèques légales, embrassaient la généralité des biens présens et futurs du mari ou autres débiteurs. Mais ces hypothèques, semblables en ce point aux hypothèques conventionnelles et judiciaires, ne prenaient rang que du jour de l'Inscription; elles ne frappaient, suivant le même art. 4, que les biens appartenans au débiteur lors de l'Inscription. Quant aux biens acquis postérieurement par le débiteur, ils pouvaient être atteints par une Inscription ultérieure; mais sans préjudice aux Inscriptions étrangères qui pouvaient avoir été prises dans l'intervalle.

Le système du Code civil, sur ces points, est bien différent. L'hypothèque légale des femmes et des mineurs sur les biens de leurs maris et de leurs tuteurs, existe, ainsi que nous l'avons vu plus haut, indépendamment de toute Inscription. Leur rang n'est nullement fixé par la date des Inscriptions prises par les femmes et les mineurs, ou par les personnes qui en sont chargées : il est fixé par la date de l'acceptation de la tutelle à l'égard du mineur; et à l'égard de la femme, par la date du contrat de mariage ou par celle des actes qui ont donné naissance à sa créance.

L'hypothèque légale de l'État, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, continue d'embrasser les biens présens et futurs des comptables; elle continue aussi d'être soumise à l'Inscription, et de ne prendre rang que du jour de l'accomplissement de cette formalité, ainsi qu'elle le faisait sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7.

L'hypothèque judiciaire n'est pas bornée, comme sous la loi du 11 brumaire, aux seuls biens appartenans aux débiteurs lors du jugement. Elle affecte ces biens et tous ceux que le débiteur peut acquérir dans la suite (art. 2123).

Les Inscriptions, nonobstant ces changemens, devront-elles être répétées au fur et à mesure des acquisitions nouvelles faites par le débiteur? Et le rang des hypothèques sur les divers immeubles sera-t-il gradué selon la date des Inscriptions successives; du moins lorsqu'il s'agira d'hypothèques sur les biens des comptables, ou d'hypothèques judiciaires? Il nous paraît que ces deux questions doivent être décidées affirmativement.

L'hypothèque en effet est un droit réel et positif sur un immeuble. Elle ne peut avoir aucune consistance qu'autant que l'immeuble qui en est affecté, se trouve dans la main et dans la propriété du débiteur. Les immeubles futurs du débiteur peuvent bien être susceptibles de devenir la matière et le siége de l'hypothèque : mais tant que ces immeubles ne sont pas acquis, ils ne sont que des êtres de raison sur lesquels le droit réel de l'hypothèque ne peut s'asseoir ni se fixer.

Une seule Inscription ne suffit donc pas pour atteindre les immeubles futurs qui ne sont pas encore acquis par le débiteur. Et lorsque l'art. 2148, n°. 5, dit qu'*une seule Inscription, pour ces hypothèques, frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau*, cela doit s'entendre des immeubles appartenans au débiteur dès l'origine de la dette, ou nouvellement acquis qui sont dans la main du débiteur au moment de l'Inscription. Une interprétation contraire rendrait la loi inconséquente.

Certainement une Inscription faite au bureau de Paris ne saurait jamais atteindre les biens que le débiteur pourrait acquérir postérieurement dans l'arrondissement de Versailles, puisque le texte dit positivement que l'Inscription ne frappe que les immeubles compris dans l'arrondissement du bureau où

elle est faite. Si donc le débiteur acquérait réellement de nouveaux biens dans l'arrondissement de Versailles, le créancier ayant hypothèque générale sur les biens présens et à venir, ne pourrait consolider son hypothèque sur ces biens, qu'en prenant une nouvelle Inscription dans le bureau de l'arrondissement de Versailles; et le rang de son hypothèque sur les mêmes biens ne pourrait être fixé que par la date de la nouvelle Inscription. La situation des biens futurs d'une personne est tout aussi incertaine que leur acquisition. Elle est l'effet du pur hasard, et il ne peut être permis de penser que le législateur ait abandonné au hasard le soin d'étendre ou de restreindre les effets d'une Inscription.

Nous concluons de là que, tout comme une Inscription faite dans un bureau ne peut jamais atteindre les biens postérieurement acquis par le débiteur dans l'arrondissement d'un bureau différent, elle ne peut pareillement atteindre les biens acquis postérieurement et situés dans le même bureau; et qu'il faut, pour ceux-ci comme pour ceux-là, une nouvelle Inscription qui ne donnera rang sur ces immeubles que du jour où elle aura été faite.

S'il pouvait s'élever quelque doute, ce serait à l'égard des hypothèques des femmes et des mineurs sur les biens des maris et des tuteurs. Le rang de ces hypothèques, pourrait-on dire, n'est pas fixé par la date des Inscriptions; il remonte aux actes qui ont donné naissance à l'hypothèque : et sous ce point de vue, l'on pourrait regarder comme inutile une seconde Inscription prise sur un immeuble acquis par le tuteur postérieurement à la première, attendu que le rang de l'hypothèque sur ces biens nouvellement acquis, remonte au jour de l'acceptation de la tutelle, tout comme le rang de l'hypothèque sur les immeubles appartenans au tuteur lors de la première Inscription.

Ce raisonnement n'est que spécieux, et il ne détruit nullement la force de ceux que nous avons employés. Lorsque le moment est venu où il faut inscrire l'hypothèque légale du mineur, si l'on veut conserver son droit sur des immeubles nouvellement acquis par le tuteur dans un arrondissement autre que celui où a été faite une première Inscription, il faut nécessairement prendre une seconde Inscription dans le bureau de l'arrondissement où sont situés les nouveaux biens.

Pourquoi ne faudrait-il pas la répéter aussi à l'égard des biens nouvellement acquis, qui se trouveraient situés dans le même arrondissement où une première Inscription aurait déjà été prise? il est très-vrai de dire qu'il n'existe et qu'il ne peut exister aucune Inscription sur des biens nouvellement acquis, puisqu'ils n'étaient ni dans la possession ni dans la propriété du débiteur lors de la première Inscription, et qu'il était incertain s'ils lui appartiendraient jamais. Cette raison majeure s'applique aux hypothèques légales des femmes et des mineurs, avec la même force qu'à l'hypothèque de l'état sur les biens des comptables, et à l'hypothèque judiciaire.

Nous étaierons encore notre opinion de quelques nouveaux motifs, pour ce qui concerne ces dernières hypothèques.

L'hypothèque de l'État sur les biens des comptables, à quelques légers changemens près que nous allons rapporter, reste dans le même état où elle était sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7. Elle embrasse les biens présens et à venir du comptable, et elle est sujette à Inscription. Nous avons vu que, d'après l'art. 4, l'état peut, par des Inscriptions ultérieures, sans préjudice à celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherraient au comptable. Le Code civil n'a pas changé littéralement cette disposition, et il n'y a aucune raison de croire qu'il l'ait voulu.

La loi du 5 septembre 1807, relative aux droits du trésor public sur les biens des comptables, a étendu les droits du trésor. L'art. 4 lui a accordé un privilége sur les biens acquis à titre onéreux par les comptables postérieurement à leur nomination. Suivant l'art. 5 de la même loi, ce privilége est soumis à l'Inscription qui doit être faite dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte translatif de propriété. Cette loi, comme l'on voit, ne permet pas au trésor public de prendre des Inscriptions précoces qui aient la vertu de consolider son privilége sur les immeubles à acquérir dans la suite, dès avant que l'acquisition ait eu lieu; elle veut que le trésor public attende que les acquisitions soient réalisées, et qu'il fasse son Inscription dans les deux mois de la date de leur enregistrement. Il y a analogie, quant à cette formalité, entre l'hypothèque générale et le privilége particulier appartenant au trésor public; l'un et l'autre droit doivent donc être régis par le même principe.

Les hypothèques judiciaires sont assimilées aujourd'hui, par leurs effets, à l'hypothèque légale de l'État sur les biens des comptables; il est donc conséquent qu'elles soient soumises aux mêmes règles.

Il faut en dire autant de ces hypothèques conventionnelles mentionnées dans l'art. 2130

du Code civil, par lesquelles le débiteur, en exprimant l'insuffisance de ses biens actuels, consent que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, y demeure affecté à mesure des acquisitions.

Nous pensons donc que, dans tous les cas où l'hypothèque embrasse les biens présens et à venir, une première Inscription ne produit d'effet que sur les biens qui appartiennent au débiteur dans le moment où elle est faite; qu'elle ne peut jamais atteindre les immeubles qui n'appartiennent pas encore au débiteur, et qu'il est nécessaire de prendre des Inscriptions nouvelles sur les biens acquis postérieurement, au fur et à mesure des acquisitions.

[[On peut citer à l'appui de cette doctrine de M. Tarrible, le passage suivant du discours prononcé au nom du tribunat par M. Grenier, à la séance du Corps-Législatif, du 28 ventôse an 12, sur le titre *des Priviléges et Hypothèques*. « Si l'hypothèque judiciaire » peut s'exercer non-seulement sur les im» meubles appartenant au débiteur lors de » sa condamnation, mais encore sur ceux » qu'il pourra acquérir à l'avenir, ce qui était » une suite nécessaire du défaut de spéciali» sation de l'hypothèque, toujours est-il vrai » que l'on peut obtenir la renonciation à la » faculté de l'Inscription sur les biens à » venir.... Mais il y a bien plus; c'est que » (aux termes de l'art. 2161) le débiteur » aura la faculté, non-seulement quant aux » biens à venir *en cas d'Inscriptions succes*» *sives*, mais encore relativement aux biens » qui seraient grevés par Inscription, de de» mander la réduction de cette Inscription, » si elle portait sur plus de biens qu'il n'en » faudrait pour la sûreté de la créance ». Ces mots, *en cas d'Inscriptions successives*, supposent bien clairement que M. Grenier, en parlant ainsi, regardait le droit d'hypothèque judiciaire sur les biens à venir, comme ne pouvant s'exercer que par des Inscriptions prises au fur et à mesure que ces biens entrent dans le domaine du débiteur.

Cependant il s'élève contre cette doctrine des objections qui paraissent insolubles, et les voici :

1°. M. Tarrible convient qu'il n'y a, sur la question dont il s'agit, aucune différence entre l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque légale, et que cette question doit être résolue pour l'une, dans le même sens que pour l'autre. En effet, si l'art. 2122 du Code civil déclare que « le créancier qui a une hypothè» que légale, peut exercer ses droits sur tous » les immeubles appartenant à son débiteur, » et sur ceux qui pourront lui appartenir » dans la suite, sous les modifications qui » seront ci-après exprimées » (par l'art. 2161); l'art. 2123 porte aussi (à la différence de l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an 7, suivant lequel *l'hypothèque judiciaire ne* pouvait *affecter que les immeubles appartenant au débiteur lors du jugement*) que « l'hypothèque judi» ciaire peut s'exercer sur les immeubles ac» tuels du débiteur, et sur ceux qu'il pourra » acquérir, sauf aussi les modifications ci» après exprimées ». Il est donc évident que, si, des termes dans lesquels est conçu l'art. 2122, il ne résulte pas que l'Inscription prise en vertu d'une Hypothèque légale, n'affecte nullement les biens à venir, et que ceux-ci aient besoin, pour être frappés de cette hypothèque, d'une Inscription prise après qu'ils sont entrés dans le domaine du débiteur, il ne résulte pas non plus des termes de l'art. 2123, que l'Inscription prise en vertu d'une hypothèque judiciaire, soit limitée aux biens actuels du débiteur, et que cette hypothèque ne puisse affecter ses biens à venir que par le moyen de nouvelles Inscriptions prises au fur et à mesure qu'il les acquerra.

Or, si l'intention du législateur était de limiter l'effet de l'Inscription prise en vertu d'une hypothèque judiciaire aux biens actuels du débiteur, et d'exiger de nouvelles Inscriptions pour les biens à venir, pourquoi ne le dirait-il pas expressément? Pourquoi, ayant sous les yeux la disposition textuelle que contenait à cet égard l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an 7, ne la copierait-il pas, alors surtout qu'il ne veut plus (ainsi qu'il le déclare formellement (par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12) qu'il subsiste rien de cette loi qui soit obligatoire, alors par conséquent qu'il sait que cette loi ne pourra jamais être invoquée comme devant suppléer à son silence? Est-il possible de le supposer assez inconséquent pour vouloir que, tout en retranchant du Code civil cette disposition de la loi du 11 brumaire an 7, il soit néanmoins censé la conserver? N'est-ce pas dire en d'autres termes qu'il dresse un piége aux créanciers à qui il accorde l'hypothèque judiciaire, et qu'ayant l'intention de les assujétir à prendre de nouvelles Inscriptions au fur et à mesure que leurs débiteurs acquerront de nouveaux immeubles, il les porte néanmoins à croire qu'ils n'en auront pas besoin dès qu'ils se seront inscrits à la fois sur les biens actuels et sur les biens à venir de leurs débiteurs?

2°. L'art. 2134 fixe le rang de l'hypothèque légale et de l'hypothèque judiciaire, comme

de l'hypothèque conventionnelle, au jour de l'Inscription prise par le créancier. N'est-ce pas dire clairement que, de même que l'hypothèque conventionnelle qui ne peut affecter que les biens actuels du débiteur, prend son rang sur ces biens du jour de l'Inscription prise par le créancier, de même aussi l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire qui porte sur les biens à venir ni plus ni moins que sur les biens présens du débiteur, prennent leur rang sur les uns et les autres, du jour qu'elles sont inscrites?

3°. Le droit de prendre Inscription en vertu d'une hypothèque légale ou judiciaire sur les biens à venir du débiteur, peut-il être établi d'une manière moins équivoque qu'il ne l'est par l'art. 2161? « Toutes les fois » (porte cet article) que les Inscriptions » prises par le créancier qui, d'après la loi, » *aurait droit d'en prendre sur les biens pré-* » *sens et sur les biens à venir d'un débi-* » *teur*, etc. ».

4°. Admettons qu'il y ait quelque ambiguité dans la loi: sera-ce une raison pour faire dépendre de nouvelles Inscriptions que la loi n'a pas prescrites, l'effet de l'hypothèque légale ou judiciaire sur les biens à venir? Il faudrait au moins pour faire prévaloir ce système, que l'on pût prêter au législateur un motif plausible qui l'eût déterminé à le consacrer. Or, ce motif, quel pourrait-il être? La nécessité d'avertir le public que les biens nouvellement acquis par le débiteur sont frappés d'une hypothèque légale ou judiciaire? Mais l'Inscription déjà prise ne l'en avertit-elle pas suffisamment, et que lui apprendront de plus les nouvelles Inscriptions? Le législateur n'aurait donc fait, en exigeant ces nouvelles Inscriptions, que prescrire des formalités inutiles. Comment admettre une supposition aussi peu vraisemblable? Disons mieux: comment supposer que le législateur eût voulu, sans objet, sans utilité quelconque, réduire le créancier ayant une hypothèque légale ou judiciaire, à se tenir perpétuellement aux aguets des accroissemens qui pourraient survenir dans la fortune immobilière de son débiteur, et donner ainsi à ce débiteur la facilité de soustraire, par des actes frauduleux, ses nouveaux biens à un droit d'hypothèque préexistant?

L'argument que tire M. Tarrible de l'art. 4 de la loi du 5 septembre 1807, n'est pas, à beaucoup près, aussi concluant qu'il le paraît au premier abord. Remarquons en effet qu'il s'agit dans cet article, non de *l'hypothèque légale* du trésor public sur tous les immeubles des comptables, mais de son *privilége* sur les immeubles *acquis à titre onéreux* par les comptables *postérieurement à leur nomination*. Que l'Inscription prise sur un comptable, affecte de plein droit ses biens à venir comme ses biens présens, il n'y a là rien qui puisse nuire à des tiers, parceque le public est suffisamment averti, par l'Inscription, que, dès qu'il survient de nouveaux immeubles au comptable, n'importe à quel titre, dans l'arrondissement où elle a été prise, ces biens sont, à l'instant même, frappés de l'hypothèque du trésor. Mais l'Inscription avertit-elle de même le public que le trésor a, outre son hypothèque légale, un privilége sur tel immeuble, non-seulement parceque le comptable en est propriétaire, mais encore parcequ'il n'en est devenu propriétaire que depuis sa nomination, et que c'est à titre onéreux qu'il l'a acquis? Non. L'Inscription existante ne lui apprend rien là-dessus. Il faut donc qu'une nouvelle Inscription l'en instruise, et tel est le véritable motif de l'art. 5 de la loi dont il s'agit.

Mais ne peut-on pas invoquer avec plus de succès, en faveur du système de M. Tarrible, les dispositions de l'art. 7 de la même loi? Cet article est ainsi conçu:

« A compter de la publication de la présente loi, tous receveurs généraux de département, tous receveurs particuliers d'arrondissement, tous payeurs généraux et divisionnaires, ainsi que les payeurs de département, des ports et des armées, seront tenus d'énoncer leurs titres et qualités dans les actes de vente, *d'acquisition*, de partage, d'échange et autres translatifs de propriété qu'ils passeront; et ce, à peine de destitution; et en cas d'insolvabilité envers le trésor public, d'être poursuivis comme banqueroutiers frauduleux.

» Les receveurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques seront tenus, aussi à peine de destitution, et en outre de tous dommages et intérêts, de requérir ou de faire, *au vu desdits actes*, l'Inscription au nom du trésor public, pour la conservation de ses droits, et d'envoyer, tant au procureur du Roi du tribunal de première instance de l'arrondissement des biens, qu'à l'agent du trésor public à Paris, le bordereau prescrit par les art. 2148 et suivant du Code civil ».

Cet article, peut-on dire, porte sur les *acquisitions* faites par des comptables à quelque titre que ce soit, c'est-à-dire, sur les ac-

quisitions qu'ils font à titre gratuit, comme sur celles qu'ils font à titre onéreux. Or, la loi ne distingue point entre les unes et les autres : elle veut que les receveurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques requièrent ou fassent, *au vu des actes* constatant ces acquisitions, *l'Inscription au nom du trésor public, pour la conservation de ses droits :* et de quels droits? Incontestablement de ses droits d'hypothèque ni plus ni moins que de ses droits de privilége. Donc les droits d'hypothèque du trésor ne peuvent être exercés sur les immeubles échus aux comptables postérieurement à leur nomination, que par des Inscriptions prises *au vu* et par conséquent *à mesure des actes* d'acquisition qui les font entrer dans le domaine des comptables. Donc les Inscriptions qui ont été prises sur les comptables, n'affectent que les biens dont ils étaient alors propriétaires. Donc elles n'affectent pas les biens qu'ils ont acquis depuis qu'elles ont été prises.

Ce raisonnement serait de quelque poids, si l'art. 7 ne parlait que des *acquisitions* faites par les comptables postérieurement à leur nomination; mais il parle aussi des *ventes* que les comptables font postérieurement à la même époque; et il assujétit les receveurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques, les uns à requérir, les autres à faire, sur les biens compris dans les unes comme dans les autres, les Inscriptions nécessaires pour la conservation des droits d'hypothèque du trésor. Dans quel cas les y assujétit-il? Ce n'est certainement, lorsqu'il s'agit de vente, que dans le cas où, soit par oubli, soit par insouciance, le trésor n'est pas encore inscrit dans l'arrondissement où sont situés les biens, au moment où la vente s'en consomme. Il ne dispose donc pas relativement aux *ventes*, pour le cas où déjà il existe, dans l'arrondissement de la situation des biens qui en sont l'objet, une Inscription au profit du trésor. Mais, dès lors, comment ne pas reconnaître qu'il ne dispose également, par rapport aux acquisitions, que pour le cas où, au moment où elles se font par les comptables, les agens du trésor n'ont pas encore fait inscrire son droit d'hypothèque légale dans l'arrondissement où est situé le bien nouvellement acquis? Et quel argument peut-on d'après cela faire résulter de ses dispositions?

Au surplus, voici un arrêt de la cour de cassation qui juge formellement la question contre l'avis de M. Tarrible.

Le sieur Giroust avait pris des Inscriptions hypothécaires au bureau de l'arrondissement de Rennes, les 22 janvier, 1er. février, 8 avril, 17 juillet et 22 septembre 1806, en vertu de jugemens précédemment obtenus contre la maison de commerce Solier fils et Delarue. Postérieurement à ces Inscriptions, et le 27 octobre de la même année, les débiteurs avaient acquis le domaine de la Pilletière, situé dans le même arrondissement; et d'autres créanciers s'étaient inscrits sur ce domaine, sans que le sieur Giroust eût pensé à s'y inscrire de nouveau.

Ce domaine ayant été vendu, s'est élevé la question de savoir à qui des sieurs Clairembault et Gerbier, subrogés aux droits du sieur Giroust, ou des créanciers inscrits après l'acquisition du 27 octobre 1806, appartenait la préférence.

Le 19 mars 1817, arrêt de la cour royale de Rennes, qui, adoptant le système de M. Tarrible, déclare les Inscriptions prises par Giroust avant le 27 octobre 1806, comme non-avenues à l'égard du domaine de la Pilletière, et ordonne que le prix de ce domaine sera distribué aux créanciers inscrits depuis cette époque.

Mais les sieurs Clairembault et Gerbier se pourvoient en cassation; et le 3 août 1819, arrêt qui, après une discussion très-contradictoire à l'audience, suivie d'un délibéré dans la chambre du conseil, et conformément aux conclusions de M. Cahier, avocat général, casse celui de la cour royale,

« Vu les art. 2114, 2122, 2123, 2129, 2134 et 2148 du Code civil;

» Attendu que la législation établit une distinction essentielle entre les hypothèques conventionnelles et les hypothèques, soit légales, soit judiciaires; que les premières sont seules soumises à la spécialité; que toutes, moins celles que la loi en excepte nommément, sont soumises à la publicité, mais que, lorsque cette publicité a été donnée aux hypothèques légales et judiciaires par les moyens indiqués par la loi, elles doivent avoir tout l'effet que cette même loi leur garantit;

» Que, suivant les art. 2122 et 2125, les créanciers qui ont de semblables hypothèques, peuvent exercer leurs droits sur les biens actuels de leur débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir ultérieurement;

» Que, suivant l'art. 2148, aucune indication n'est nécessaire; qu'une seule Inscription frappe tous les immeubles compris dans l'arrondissement d'un même bureau;

» Que le Code civil a assimilé l'hypothèque

judiciaire à l'hypothèque légale; qu'il n'a pas imposé la nécessité de prendre des Inscriptions successives, à fur et à mesure des acquisitions nouvelles que pourrait faire le débiteur; qu'il s'est borné à soumettre les Inscriptions judiciaires, comme toutes les autres, à la publicité; qu'une fois cette formalité remplie dans chaque bureau où le débiteur possède des immeubles, ou en acquerra par la suite, et l'Inscription étant prise pour être exercée sur les biens présens et à venir de ce même débiteur, tous les intérêts sont conservés; que la répétition de l'Inscription à chaque acquisition que pourrait faire le débiteur, ne fournirait aucune nouvelle connaissance au public, et n'offrirait que la répétition littérale de la première; et que son inutilité absolue acheverait de démontrer que la loi ne l'a pas voulu, si son silence seul ne suffisait pas; de tout quoi il faut conclure qu'en refusant de donner effet aux Inscriptions des créances de Clairembault et Gerbier, prises avec déclaration par Giroust, qu'il entendait les faire porter sur les biens que possédaient actuellement Solier et Delarue dans l'arrondissement du bureau de Rennes, et sur ceux qu'ils pourraient acquérir dans la suite dans ce même arrondissement, sous le vain prétexte que ces Inscriptions auraient dû être répétées à chaque nouvelle acquisition; c'est, de la part de la cour de Rennes, avoir introduit dans ce Code une disposition qui n'y est point écrite, que ses dispositions rapprochées et bien méditées réprouvent; avoir par conséquent commis un excès de pouvoir, et violé par suite les dispositions précitées du même Code (1) ».

La cour royale de Rouen avait précédemment jugé dans le même sens, par un arrêt du 22 mai 1818, « Attendu que de » la combinaison des art. 2123 et 2148, » n°. 3, du Code civil, il résulte que le créan» cier qui a fait inscrire son hypothèque ju» diciaire, n'est point tenu de prendre une » nouvelle Inscription au fur et à mesure que » de nouveaux biens viennent à échoir à son » débiteur dans le même arrondissement; que » l'Inscription originaire, tant qu'elle n'est » pas prescrite, frappe sur lesdits biens au » moment même où le débiteur devient pro» priétaire; qu'autrement ce serait soumettre » les hypothèques légales ou judiciaires à une » spécialité d'Inscription qui n'est établie que » pour les hypothèques conventionnelles, et » dont le dernier paragraphe de l'art. 2148, » n°. 5, a formellement affranchi celle dont » il s'agit; que ce serait d'ailleurs donner gra» tuitement au débiteur le moyen trop facile » de rendre nulles les hypothèques légales et » judiciaires sur les biens à venir, par des ac» tes conférentiaires d'hypothèque conven» tionnelle qui les soustrairaient à l'effet des » premières (1).]]

Nous terminons ici nos réflexions sur les formes à suivre dans l'Inscription des hypothèques ordinaires et sur la ponctualité plus ou moins exacte avec laquelle elles doivent être remplies. Nous ajouterons plus bas quelques observations relatives aux formes particulières dont doivent être revêtues les Inscriptions des hypothèques légales.

XIII. D'après l'art. 2150, « le conservateur » fait mention, sur son registre, du contenu » aux bordereaux, et remet au requérant, » tant le titre ou l'expédition du titre, que » l'un des bordereaux au pied duquel il cer» tifie avoir fait l'Inscription ».

Cet article justifie ce que nous avons dit sur l'art. 2148, que la présentation du titre au conservateur ne laisse après elle aucune trace sensible.

Le même article trace tous les devoirs du conservateur. Il doit faire mention, sur son registre, du contenu aux bordereaux. Cette mention doit être fidèle et exacte. Toutes les désignations que le débiteur doit insérer dans son bordereau, doivent être ponctuellement relatées dans le registre; car le registre est la pièce originale et authentique qui doit être offerte aux regards du public, et dont les extraits doivent être fournis à celui qui les réclame. S'il omettait d'insérer sur son registre quelqu'une des formalités essentielles, l'Inscription serait frappée de nullité, quoique la formalité se trouvât scrupuleusement remplie dans le bordereau; parcequ'encore un coup, c'est le registre et non le bordereau qui doit fixer les tiers intéressés sur l'état des hypothèques. Le conservateur qui aurait fait cette omission, serait sans doute responsable envers l'inscrivant lésé: mais cette responsabilité ne sauverait pas l'Inscription de la nullité.

Lorsque le conservateur a fait l'Inscription sur son registre, il remet à l'inscrivant le titre présenté et l'un des bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'Inscription. Cette pièce forme, dans la main de l'inscri-

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 21, page 199.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, partie 2, page 230.

vant, sa garantie contre le conservateur, mais non la garantie de la validité de l'Inscription. C'est à lui, [[comme on l'a vu à l'article *Hypothèque*, section 2, §. 2, art. 10, no. 3.]] à veiller à ce que l'Inscription sur les registres soit fidèlement remplie.

[[Et c'est ce qu'explique parfaitement un avis du conseil d'état du 11 décembre 1810, approuvé le 16 du même mois, et ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui a entendu la section de législation sur le renvoi fait.... d'un rapport du grand-juge ministre de la justice, concernant le mode de rectifier, sur les registres hypothécaires, les erreurs ou irrégularités commises par les conservateurs; ledit rapport transmettant la proposition faite par le directeur général de l'enregistrement, de faire autoriser les conservateurs, par les tribunaux, à réparer lesdites erreurs ou irrégularités;

» Considérant qu'une transcription inexacte des bordereaux remis au conservateur des hypothèques par un créancier requérant Inscription, donne à celui-ci, s'il en a souffert quelque préjudice, une action en garantie contre le conservateur; mais qu'à l'égard des tiers, la valeur de l'Inscription se réduit à ce qui a été transcrit sur le registre, parce que ce registre est la seule pièce que les intéressés soient appelés à consulter, et que le créancier qui a requis l'Inscription, a plus spécialement à s'imputer de n'avoir pas veillé à ce que la transcription fût exacte;

» Que, du reste, au moment même où l'on découvre, soit des erreurs, soit des irrégularités dans la transcription faite au registre du conservateur, il doit sans doute y avoir des moyens pour empêcher que les effets de l'erreur ne se prolongent; mais que, sans recourir à l'autorité des tribunaux, lesquels ne pourraient autoriser à faire sur des registres publics, des corrections qui lèseraient des droits antérieurement acquis à des tiers, le conservateur n'a qu'une voie légitime d'opérer la rectification, en portant sur ses registres et seulement à la date courante, une nouvelle et seconde transcription, plus conforme aux bordereaux remis par les créanciers : qu'en cet état néanmoins, et pour obvier à tout double emploi, la nouvelle transcription constituant une Inscription, doit être accompagnée d'une note relatant la première Inscription qu'elle a pour but de rectifier, et que le conservateur doit donner aux parties requérantes des extraits, tant de la première que de la deuxième Inscription;

» Est d'avis qu'au moyen de ses explications, il n'y a pas lieu de recourir à une autorisation solennelle, ni de faire intervenir l'autorité judiciaire en chaque affaire où il écherra de rectifier une Inscription fautive ».]]

La date de l'Inscription est constatée, comme nous l'avons expliqué plus haut, soit dans le registre d'ordre, soit dans le registre des Inscriptions, soit enfin dans le certificat mis par le conservateur au bas du bordereau.

La signature du conservateur au bas du bordereau remis à l'inscrivant, est la seule qui soit nécessaire. La loi n'exige nullement que la signature de l'inscrivant soit apposée, ni sur le registre, ni sur aucun des deux bordereaux : le conservateur n'est pas tenu non plus de l'apposer ni sur les registres, ni sur le bordereau qui lui reste.

XIV. L'art. 2151 règle le sort des intérêts de la manière suivante : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts ou » arrérages, a droit d'être colloqué pour » deux années seulement, et pour l'année » courante, au même rang d'hypothèque » que pour son capital, sans préjudice des » Inscriptions particulières à prendre, pertant hypothèque, à compter de leur date, » pour les arrérages autres que ceux conservés par la première Inscription ».

Cet article, disons-nous, règle la manière dont les intérêts d'une créance qui en produit, peuvent jouir du bénéfice de l'hypothèque et dans quel rang ils doivent être colloqués.

Par l'ancien droit commun, les intérêts étant des accessoires de la créance, étaient colloqués au même rang que le principal. Cette règle générale a été changée, et a dû l'être par le nouveau système hypothécaire.

Dans ce système, l'hypothèque n'existe et n'a d'effet que par l'Inscription. Les intérêts forment une partie de la créance hypothécaire. Ils ne peuvent participer aux avantages hypothécaires qu'autant qu'ils sont inscrits, et du jour seulement de leur Inscription.

La loi du 11 brumaire an 7, art. 19, avait introduit une exception pour deux années d'arrérages qui, par le seul fait de l'Inscription du capital, étaient colloqués au même rang que le capital lui-même.

Le Code civil a adopté la même disposition, et de plus il l'a étendue à l'année courante, c'est-à-dire que l'Inscription du capital d'une créance suffit pour faire colloquer au même rang que le capital, deux années pleines,

plus la partie d'une troisième année qui se trouvera écoulée lors de la collocation; mais que tous intérêts autres que ceux désignés, ne peuvent être colloqués dans la distribution hypothécaire, qu'autant qu'on a pris des Inscriptions littérales pour ces arrérages, et que ces hypothèques particulières n'ont de rang que celui que leur donne la date de leur propre Inscription.

Pour bien saisir le sens de cet article, il faut le rapprocher de l'art. 2148, n°. 4. Si, lors de l'Inscription d'une créance, il y a une ou plusieurs années d'intérêts échues, on doit inscrire tout à la fois le capital et les intérêts échus, qui forment un accessoire de ce capital. Ces intérêts échus, ainsi que le capital, seront colloqués dans un même rang fixé par la date de l'Inscription commune aux deux. Lorsque la vente et la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué se feront dans les trois ans à partir de l'Inscription primitive, les sommes inscrites tant en capital qu'intérêts, seront colloquées à la date de l'Inscription; et les intérêts écoulés postérieurement à l'Inscription, le seront encore au même rang, en vertu de la loi, et sans qu'il soit besoin d'une Inscription nouvelle. Mais si, depuis l'Inscription primitive jusqu'à la distribution, il y a eu cumulation de plus de trois années d'intérêts, la collocation légale au rang du capital ne pouvant avoir lieu que pour deux années pleines d'intérêts, et pour la partie de l'année courante qui se trouvera écoulée lors de la distribution, le surplus des intérêts sera rejeté de la collocation, s'il n'y a pas d'Inscription ultérieure; ou ce surplus d'intérêts sera colloqué seulement à la date de l'Inscription nouvelle, s'il en a été fait une taxativement pour les intérêts.

Il semblerait que, d'après cette combinaison, un créancier qui aurait inscrit le capital et les arrérages échus, pourrait se tenir tranquille pendant les trois années qui suivraient son Inscription, et qu'il lui suffirait d'inscrire la quatrième année d'intérêts après son échéance; mais ce calcul pourrait devenir erroné. Supposons en effet qu'une obligation de 40,000 francs, produisant un intérêt annuel de 2000 francs, ait été consentie le 1er. janvier 1808, et inscrite le même jour. Supposons qu'ensuite le prix de l'immeuble hypothéqué ait été distribué le 1er. juillet 1811, c'est-à-dire, trois ans et demi après l'Inscription. Le créancier qui aurait attendu l'expiration de la quatrième année pour inscrire les intérêts non conservés par la loi, sera trompé. Il ne recevra, au rang du capital, que deux années pleines et six mois de l'année courante, lors de la distribution. Il perdra conséquemment une année entière d'intérêts. Pour faire jouir les intérêts, autant que possible, du fruit et de l'avantage de l'hypothèque, il aurait fallu que ce créancier inscrivît successivement, à la fin de chaque année, les intérêts de l'année écoulée, en déclarant que, par ces Inscriptions postérieures à celles du capital, il n'entendait pas renoncer au bénéfice de la loi qui lui permettait la collocation de deux années et de l'année courante au même rang que le capital. A l'aide de cette réserve, il aurait reclamé la première année d'intérêts inscrits le 1er. janvier 1809, dans le rang que lui aurait assigné cette date; et abandonnant les Inscriptions ultérieures pour s'en tenir au bénéfice de la loi, il aurait demandé et obtenu la collocation des deux ans et demi restant au même rang que le capital.

Cette classification des diverses années d'intérêts arriérés, n'est pas contraire au texte de la loi. Le créancier inscrit pour un capital, dit le texte, a droit d'être colloqué *pour l'année courante*, au même rang d'hypothèque que pour son capital. Cette *année courante* est nécessairement la dernière, ou, en d'autres termes, celle où se fait la collocation. Si, dans un cumul de trois ans et demi d'intérêts, la fraction de l'année courante lors de la collocation, est reportée littéralement au même rang que le capital, rien ne peut empêcher que les deux années pleines qui doivent être aussi reportées au même rang, ne soient celles qui précèdent immédiatement l'année où se fait la collocation, et qu'ainsi la première année ne puisse jouir du bénéfice de l'Inscription particulière qui la consolide.

Les créanciers ne sauraient se plaindre de cette classification. Ceux qui sont antérieurs à l'Inscription de la première année d'intérêts, n'en souffrent pas. Ceux qui sont postérieurs à la même Inscription, ont été avertis par elle. Rien ne peut donc faire rejeter cette combinaison, qui n'est ni contraire aux règles, ni nuisible aux tiers, et qui est avantageuse au créancier, en ce qu'elle fait participer les intérêts, autant que faire se peut, au bénéfice de l'hypothèque (1).

Cette théorie sur les intérêts s'adapte très-bien aux hypothèques qui ne prennent de

(1) [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 2 *bis*.]]

force et de rang que par l'Inscription. Sera-t-elle de même applicable aux hypothèques légales des femmes et des mineurs, sur les biens des maris et des tuteurs?

Il y a de grandes raisons pour l'affirmative.

Le législateur, dira-t-on, n'a pas méconnu la règle qui, dans le plus grand nombre des cas, assimile les accessoires au principal. Il a accordé assez à cette règle, en admettant deux années pleines d'intérêts et l'année courante au même rang que le capital, sans exiger d'autre Inscription que celle du capital. Il n'a pas voulu qu'elle devînt destructive de la publicité des hypothèques; ce qui arriverait, si une créance, présentant seulement le montant de son capital, pouvait s'accroître par la cumulation des intérêts au delà de la mesure qu'il a fixée, et participer aux mêmes avantages hypothécaires qui appartiennent au capital.

C'est dans cet esprit qu'il a posé sa limite : *Le créancier*, a-t-il dit, *inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages, a droit d'être colloqué pour deux années seulement et pour la courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital.* Cette disposition est générale; elle embrasse toutes les créances hypothécaires, sans distinguer les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, d'avec les hypothèques légales des femmes et des mineurs. On ne doit pas admettre de distinction là où la loi n'en met pas; et toutes les hypothèques doivent être soumises uniformément à cette règle.

Ces raisons ne sont pas sans force : mais l'opinion contraire nous paraît préférable. Une distinction fondamentale entre les hypothèques ordinaires et les hypothèques légales des femmes et des mineurs, a été posée dans le principe. Les premières ne prennent de force et de rang que par l'Inscription : les secondes, au contraire, existent indépendamment de toute Inscription.

Cette même distinction est implicitement retracée dans l'art. 2151 lui-même. Il parle d'un créancier *inscrit* pour un capital. On peut en induire qu'il n'a en vue que ces créances dont toute la vertu hypothécaire est dans l'Inscription, et non les hypothèques légales qui, indépendantes de l'Inscription, prennent leur rang dans une autre source et à une autre époque.

Le Code civil a environné de toutes ses faveurs les hypothèques légales des femmes et des mineurs. Il les a soustraites aux formes rigoureuses qu'exigeait son système de publicité. L'Inscription, dans le sens du Code, n'a d'autre but que celui de manifester les créances auxquelles l'hypothèque légale se rattache, et l'intention où sont les femmes et le mineur de l'exercer. Bien loin d'avoir voulu atténuer les droits hypothécaires dont les femmes et les mineurs jouissaient auparavant, il a partout marqué la volonté de les étendre et de les fortifier. Or, les intérêts des dots des femmes étaient, de droit commun, colloqués au même rang que le capital. Ils l'étaient même au parlement de Toulouse, dont la jurisprudence singulière rejetait en général les intérêts après tous les capitaux, suivant le témoignage de ses arrêtistes, et notamment de d'Olive, liv. 4, chap. 21. Il est donc également conforme et à l'esprit et à la lettre du Code civil, que les intérêts qui, quel que soit le nombre des années arrérages formant une partie intégrante des créances des femmes et des mineurs, jouissent des avantages attachés à ces créances; qu'ils soient indépendans de toute Inscription, comme le capital d'où ils dérivent; et qu'ils obtiennent, dans leur totalité, le même rang que le capital. Nous ajouterons que cette opinion a d'autant moins d'inconvéniens, que, d'après l'art. 2277 du même Code, les intérêts et toutes les prestations payables par année se prescrivent par cinq ans.

Il est vrai qu'un arrêt de la cour de cassation, rapporté au *Journal des audiences de Denevers*, en 1806, page 160, a jugé que, sur quatre années d'intérêts dus à une femme répétant sa dot, deux seulement devaient être colloquées au même rang que le capital. Mais la cause qui donna lieu à cet arrêt, avait pris naissance sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, qui soumettait à l'Inscription l'hypothèque légale des femmes tout aussi rigoureusement que les hypothèques ordinaires; et c'est principalement sur les changemens opérés en ce point par le Code civil, que nous avons fondé notre opinion.

Ainsi, la borne posée pour la collocation des intérêts au même rang que le capital, ne regarde que ceux qui dérivent d'une créance hypothécaire ordinaire ou d'une créance privilégiée, attendu que les priviléges sont soumis à l'Inscription, comme nous le verrons dans son lieu; mais elle est étrangère aux intérêts dérivant des créances des femmes et des mineurs jouissant des droits de l'hypothèque légale : ces intérêts, se fussent-ils cumulés pendant cinq années, seront colloqués au même rang que le capital, sans le secours d'aucune Inscription particulière.

79292

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Intérêts*, §. 5 et 6.]].

XV. Il nous reste à parler des modifications que la loi a apportées dans l'Inscription des hypothèques légales de l'état, des femmes et des mineurs. Elles font l'objet de l'art. 2153 du Code civil, qui est ainsi conçu :

« Les droits d'hypothèque purement légale de l'État, des communes et des établissemens publics, sur les biens des comptables; ceux des mineurs ou interdits sur les tuteurs, des femmes mariées sur leurs époux, seront inscrits sur la représentation de deux bordereaux contenant seulement,

» 1°. Les nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier, et le domicile qui sera par lui ou pour lui élu dans l'arrondissement;

» 2°. Les nom, prénoms, profession, domicile ou désignation précise du débiteur;

» 3°. La nature des droits à conserver, et le montant de leur valeur, quant aux objets déterminés, sans être tenu de le fixer, quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés ».

Cet article trace les formalités à observer pour l'Inscription de l'hypothèque purement légale de l'État, des femmes et des mineurs sur les biens des comptables, des maris et des tuteurs.

Il serait inutile de reprendre ici l'analyse que nous avons déjà faite. Une comparaison rapide de ces formalités avec celles qui sont exigées par l'art. 2148, fera connaître les points de conformité et de différence qu'elles ont entre elles.

D'abord point de représentation matérielle du titre.

Les formalités indiquées dans l'un et l'autre articles, sous les nos. 1 et 2, sont les mêmes, et doivent être observées de la même manière dans les deux cas.

La date du titre n'est pas exigée dans l'Inscription des hypothèques légales : quant à la nature du titre, elle se confond avec la nature des droits à conserver, qui doit être déclarée par les créanciers ayant hypothèque légale.

Le montant des créances ayant des objets déterminés, doit être déclaré dans l'une comme dans l'autre; mais le créancier ayant hypothèque légale n'est tenu de faire aucune évaluation des droits conditionnels, éventuels ou indéterminés.

Enfin, les créanciers de ce dernier genre ne sont point du tout assujétis par l'art. 2153, à indiquer l'époque de l'exigibilité, même à l'égard des créances ayant un objet déterminé.

Mais cette indication n'est-elle pas devenue nécessaire par l'effet de la loi du 4 septembre 1807, dont nous avons parlé plus haut?

Cela ne nous paraît pas devoir être ainsi.

L'art. 2153 a tracé toutes les formalités dont l'Inscription d'une hypothèque légale doit être revêtue. Si toutes ces formalités ont été littéralement observées, l'Inscription a tout ce qui est nécessaire pour sa validité; et l'on ne peut, ni par analogie, ni par conjecture, étendre plus loin les obligations de l'inscrivant. Il est vrai que les expressions de la loi du 4 septembre 1807, sont bien générales; mais son titre seul prouve invinciblement qu'elle n'a eu en vue que les Inscriptions des hypothèques ordinaires. Il est ainsi conçu : *La loi qui détermine le sens et les effets de l'art.* 2148 *du Code civil, sur l'Inscription des créances hypothécaires.* Les dispositions de cette loi sont bornées par cela même aux Inscriptions désignées dans l'art. 2148 : et elles restent totalement étrangères aux Inscriptions qui font le sujet de l'art. 2153.

Enfin, les créanciers ayant hypothèque légale sont dispensés d'indiquer l'espèce et la situation des biens sur lesquels ils entendent conserver leurs hypothèques. Nous nous sommes suffisamment expliqués à ce sujet.

Les formes prescrites pour l'Inscription des hypothèques légales de l'État, des femmes et des mineurs, doivent être observées tant par les créanciers directs, que par ceux qui sont chargés d'inscrire en leur nom.

[[XV *bis*. Les dispositions de l'art. 2153 sont-elles applicables aux Inscriptions prises sous le Code civil pour les droits nuptiaux d'une femme mariée, qui était morte avant la publication du Code?

Cette question s'est représentée dans la seconde des espèces rappelées ci-dessus, §. 3, no. 12.

On se rappelle que, dans cette affaire, l'Inscription que les sieurs Lambert avaient prise le 30 juin 1806, sur la succession de leur père, pour les droits nuptiaux de leur mère, morte plus de vingt ans auparavant, était arguée de nullité, sur le fondement qu'elle n'indiquait pas l'époque de l'exigibilité de la somme à laquelle ils avaient évalué ces droits, et que cette omission n'avait pas été réparée dans le délai fixé par la loi du 4 septembre 1807.

Pour déclarer cette Inscription valable, la cour de Bourges ne s'était pas bornée à dire que l'hypothèque des sieurs Lambert s'était conservée sans Inscription; et qu'ainsi, l'Ins-

cription qu'ils avaient prise, était surabondante; elle avait encore dit (et c'était même le premier motif de son arrêt) que, « si » l'art. 2148 du Code civil prescrit la men» tion de l'époque de l'exigibilité de la » créance, à peine de nullité, l'art. 2153 en » dispense les Inscriptions pour les droits » d'hypothèque purement légales, et que telle » était celle des frères Lambert ».

L'arrêt de cassation du 9 novembre 1813 ne s'était pas expliqué catégoriquement sur ce motif; et comme il avait été rendu par défaut contre les sieurs Lambert, ceux-ci, en y formant opposition, n'ont pas manqué de soutenir que ce motif suffisait seul pour justifier l'arrêt rendu en leur faveur.

L'affaire a donc présenté, dans le nouvel examen qu'elle a subi, deux questions distinctes : la première, si les sieurs Lambert avaient été dispensés d'inscrire l'hypothèque de leur mère; l'autre, si, dans le cas où ils n'en eussent pas été dispensés, ils avaient pu, d'après l'art. 2153, omettre dans leur Inscription l'époque de l'exigibilité de la créance qu'ils avaient inscrite.

Sur la première question, les principes qui avaient déterminé, non-seulement l'arrêt du 9 novembre 1813, mais encore celui du 7 avril précédent, levaient toute difficulté, et il en résultait clairement que la cour de Bourges, en jugeant que l'Inscription prise par les sieurs Lambert, avait été surabondante, avait faussement appliqué l'art. 2135 et violé les art. 2121 et 2134 du Code civil.

Mais de là même dérivait nécessairement la conséquence que la seconde question ne pouvait être résolue qu'au désavantage des sieurs Lambert.

En effet, dès qu'il est bien reconnu que l'hypothèque des femmes qui ont *cessé d'être mariées* avant le Code civil, ne jouit pas du privilége de l'art. 2135, sur quoi se fonderait-on pour juger que cette même hypothèque jouit du privilége de l'art. 2153?

L'art. 2153 dispose-t-il en faveur d'autres femmes que l'art. 2135? Non : comme l'art. 2135, il ne dispose qu'en faveur des femmes mariées; il ne peut donc, comme l'art. 2135, être appliqué qu'aux femmes qui, ou ont été mariées sous le Code civil, ou ayant été mariées auparavant, l'étaient encore au moment où le Code civil a été publié.

On peut objecter, il est vrai, que la loi du 11 brumaire an 7, tout en assujétissant l'hypothèque de la femme mariée à la nécessité de l'Inscription dans tous les cas, ne laissait pas de l'affranchir, art. 21, de la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité; que, dès-là, il ne doit pas être permis d'argumenter de la non-exemption de la nécessité d'inscrire une hypothèque, à la non-exemption de la nécessité de mentionner dans une Inscription, l'époque de l'exigibilité de la créance inscrite; que, dès-là, par conséquent l'art. 2153 du Code civil pourrait bien être applicable aux femmes qui, avant le Code civil, avaient cessé d'être mariées, quoique l'art. 2135 ne le fût pas.

Mais cette objection ne serait qu'un mauvais paralogisme.

L'art. 21 de la loi du 11 brumaire an 7 n'affranchissait pas indistinctement et dans tous les cas l'Inscription de la femme mariée, de la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité : il ne l'en affranchissait que dans le cas où les *droits matrimoniaux*, pour la conservation desquels elle était prise, n'étaient *encore ni ouverts ni déterminés;* et l'on conçoit parfaitement pourquoi il l'en affranchissait dans ce cas : c'est qu'alors il y avait impossibilité d'indiquer dans l'Inscription l'époque où de pareils droits seraient exigibles.

Cet affranchissement n'aurait donc pas eu lieu, même sous la loi du 11 brumaire an 7, s'il se fût agi des droits matrimoniaux d'une femme qui eût cessé d'être mariée avant la publication de cette loi, ou, en d'autres termes, de droits matrimoniaux qui, avant la publication de cette loi, eussent été ouverts et déterminés.

Et d'après cela, comment voudrait-on argumenter ici de l'art. 21 de la loi du 11 brumaire an 7, pour en inférer que la mention de l'époque de l'exigibilité n'est pas nécessaire dans l'Inscription prise sous le Code civil pour les droits matrimoniaux d'une femme qui avait cessé d'être mariée, non-seulement avant le Code civil, mais même avant la loi du 11 brumaire an 7?

On sait bien qu'il y a, à cet égard, une différence entre l'art. 21 de la loi du 11 brumaire an 7, et l'art. 2153 du Code civil; que l'art. 2153 du Code civil affranchit, dans tous les cas, l'hypothèque légale de la femme mariée, de la mention de l'époque de l'exigibilité; qu'il l'en affranchit même pour les droits déjà ouverts et déterminés, puisque, relativement à ces droits, il se borne à exiger que le montant en soit indiqué dans le bordereau; tandis que l'art. 21 de la loi du 11 brumaire an 7 ne l'en affranchissait que pour les droits non déterminés ni ouverts.

Mais il reste toujours à dire que l'art. 2153 du Code civil ne dispose qu'en faveur des femmes qui ont vécu sous le Code civil même,

en état de mariage; qu'il ne peut, pas plus que l'art. 2135, s'appliquer aux femmes dont le mariage avait été dissous avant le Code civil; et que par conséquent celles-ci rentrent, quant à la manière de s'inscrire, dans le droit commun de l'art. 2148.

Sans doute, la femme qui a vécu mariée sous le Code civil, jouit encore, après la dissolution de son mariage, du privilége que lui accorde l'art. 2153, de pouvoir s'inscrire sans indiquer dans son Inscription l'époque de l'exigibilité de ses droits, qui alors sont bien constamment ouverts et déterminés.

Sans doute et par la même raison, les héritiers de la femme qui a vécu mariée sous le Code civil, jouissent du même privilége.

Mais pourquoi ce privilége se continue-t-il ainsi dans la personne de la femme devenue veuve sous le Code civil, et dans celle des héritiers de la femme qui, sous le Code civil, a vécu en état de mariage?

C'est parceque le Code civil l'a conféré à la femme qui a vécu mariée sous son empire, parceque ce privilége, une fois acquis à la femme, ne peut pas s'éteindre de lui-même; parcequ'il doit, par suite, subsister tant pour elle nonobstant sa viduité, que pour ses héritiers nonobstant sa mort.

Mais la femme qui avait cessé d'être mariée avant le Code civil, à quel titre en jouirait-elle aujourd'hui? A quel titre ses héritiers en jouiraient-ils aujourd'hui de son chef? Elle ne l'avait pas avant le Code civil, et le Code civil ne le lui a pas donné.

Encore un mot. C'est déjà faire beaucoup, et peut-être beaucoup trop, pour la femme et pour ses héritiers, que de leur appliquer, après la dissolution d'un mariage qui a existé sous le Code civil, la disposition par laquelle l'art. 2153 affranchit de la mention de l'époque de l'exigibilité, des droits nuptiaux qui alors sont déterminés et ouverts. Alors, en effet, les motifs de l'art. 2153 n'ont plus d'objet, puisque les droits nuptiaux de la femme étant ouverts et déterminés, rien n'empêche qu'on n'indique dans l'Inscription prise pour les assurer, l'époque où ils seront exigibles. On peut donc dire que les faire jouir, en ce cas, du privilége résultant de l'art. 2153, c'est aller *contrà rationem juris*.

Or, il est de principe, et la loi 14, D. *de legibus*, dit nettement que, *quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*.

On ne peut donc étendre, ni aux femmes qui n'étaient plus mariées lors de la publication du Code civil, ni à leurs héritiers, le privilége que l'art. 2153 n'accorde qu'aux femmes qui se trouvaient mariées au moment de sa publication.

Aussi les sieurs Lambert n'ont-ils pas pu, en se faisant restituer contre l'arrêt de cassation, du 9 novembre 1813, parvenir à faire maintenir celui que la cour de Bourges avait rendu en leur faveur.

Par arrêt du 5 décembre 1814, au rapport de M. Ruperou, et après un long délibéré,

« Vu les art. 2121, 2134, 2135, 2148 et 2153 du Code civil;

» Attendu 1°. qu'il résulte de la lettre et de l'esprit des art. 2121, 2134 et 2135 que l'hypothèque n'existe, indépendamment de toute Inscription, au profit des femmes sur les biens de leurs maris, qu'autant qu'elles étaient dans les liens du mariage, au moment de la promulgation du Code civil;

» Qu'ainsi, la femme devenue libre et maîtresse de ses droits antérieurement à cette promulgation (et par la même raison ses héritiers), a dû prendre Inscription pour sûreté de ses reprises et créances sur les biens de son mari;

» Que les avis du conseil d'état des 1er. juin 1807 et 8 mai 1812, en mentionnant les *représentans* des femmes, n'ont entendu parler que des femmes qui, ayant vécu sous l'empire du Code civil, sont mortes investies du bénéfice de l'hypothèque légale, bénéfice qui, ne pouvant s'éteindre de lui-même, doit subsister pour leurs héritiers, nonobstant leur mort;

» Attendu 2°. qu'il existe une corélation intime entre l'art. 2135, qui conserve les droits des femmes, indépendamment de l'Inscription, et l'art. 2153, qui, dans l'Inscription qui se fait de ces droits, n'exige pas la mention de l'époque de l'exigibilité; qu'il résulte des expressions *femmes mariées*, employées dans l'art. 2153, qu'il ne dispose qu'en faveur des femmes qui ont vécu sous le Code civil même, en état de mariage; et qu'il ne peut pas plus que l'art. 2135, s'appliquer aux femmes dont le mariage avait été dissous avant le Code civil; que par conséquent celles-ci rentrent, quant à la manière de s'inscrire, dans le droit commun de l'art. 2148, qui prescrit la mention de l'époque de l'exigibilité;

» Attendu 3°. que l'arrêt attaqué a décidé en fait que l'Inscription des frères Lambert ne contenait pas la mention de l'époque de l'exigibilité, et qu'une semblable décision ne saurait être soumise à la censure de la cour de cassation;

» De tout quoi il résulte qu'en décidant que les frères Lambert avaient, sans le se-

cours d'aucune Inscription, une hypothèque légale sur les biens de leur père, pour le paiement des créances et reprises matrimoniales de leur mère, décédée avant la promulgation du Code civil, et qu'en tout cas, l'Inscription qu'ils ont prise, était dispensée de la formalité de la mention de l'époque de l'exigibilité, la cour d'appel de Bourges a faussement appliqué les art. 2135 et 2153 du Code civil, et par suite violé les art. 2121, 2134 et 2148 du même Code;

» La cour casse et annulle.... ».]]

XVI. C'est ici la place de l'art. 2154 du Code civil, qui concerne le renouvellement des Inscriptions. Voici comment il s'exprime: « Les Inscriptions conservent l'hypothèque » et le privilége pendant dix années, à comp» ter du jour de leur date : leur effet cesse » si ces Inscriptions n'ont été renouvelées » avant l'expiration de ce délai ».

Les Inscriptions *conservent* l'hypothèque, dit cet article. Peut-être le mot *conservent*, pris dans sa véritable acception, conviendrait-il mieux au renouvellement de l'Inscription qu'à l'Inscription primitive. L'Inscription primitive, en effet, donne la vie à l'hypothèque ordinaire. Le renouvellement de l'Inscription, opéré dans le délai prescrit, conserve véritablement à cette hypothèque la même force et les mêmes droits que lui a conférés l'Inscription primitive. Et l'on pourrait en dire autant des privilèges qui sont aussi sujets à l'Inscription.

Quoi qu'il en soit de cette observation, le sens de la loi n'est nullement équivoque. L'Inscription primitive fixe le rang de l'hypothèque et du privilége. Ce rang, ainsi fixé, se maintient seul sous la protection de la loi pendant dix années. Mais l'Inscription doit être renouvelée avant l'expiration de ce délai, pour conserver à l'hypothèque et au privilége le rang que lui a assigné l'Inscription primitive. Si on laissait passer ce délai sans renouveler l'Inscription, le rang de l'hypothèque acquis par la première Inscription, serait perdu sans retour. Le privilége aurait aussi irrévocablement perdu, non-seulement son rang, mais encore son caractère, si on était hors du délai prescrit pour l'Inscription des privilèges; ce privilége deviendrait une simple hypothèque, suivant l'art. 2113 du Code civil, que nous ferons connaître dans son lieu. L'hypothèque et le privilége perdraient, outre leur rang, tout droit de préférence, tout droit de suite, et généralement tous les droits attachés à l'hypothèque; ils retomberaient dans l'état d'une hypothèque qui n'aurait jamais été inscrite, c'est-à-dire, l'état d'une simple créance chirographaire.

Une Inscription nouvelle pourrait néanmoins être prise : mais l'hypothèque et le privilége dégénéré n'auraient rang qu'à compter du jour de cette dernière Inscription, et préférence que sur les créanciers hypothécaires qui n'auraient inscrit qu'après cette dernière date.

Les autres difficultés auxquelles cet article aurait pu donner lieu, sont décidées par un avis du conseil d'état du 15 décembre 1807, qui a été approuvé le 22 janvier 1808, et qui est précédé d'une discussion très-lumineuse.

Le conseil s'est proposé la question de savoir si les Inscriptions prises d'office, et celles prises par les femmes, les mineurs et le trésor public sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables, doivent être renouvelées avant l'expiration du délai de dix années.

Il retrace l'art. 2154 que nous expliquons, et les motifs qui ont porté le législateur à déclarer que l'effet d'une Inscription primitive cesserait, si elle n'était renouvelée avant l'expiration du délai de dix années; il compare avec cet article les dispositions de l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, que nous avons rapporté plus haut.

L'avis décide que les Inscriptions au profit du trésor public, sur les biens des comptables, doivent être renouvelées avant l'expiration du délai de dix années. Il fonde cette décision sur ce que les créances du trésor public n'ont pas été affranchies de la formalité de l'Inscription par le Code civil, comme l'ont été celles des femmes et des mineurs, et en outre, sur ce que les inconvéniens sans nombre qui ont empêché de donner aux Inscriptions un délai indéfini, se trouveraient tous dans une disposition qui affranchirait celles prises sur les comptables de la nécessité du renouvellement, avant l'expiration du délai de dix ans, généralement fixé pour toutes les Inscriptions.

Quant aux Inscriptions relatives aux droits des femmes et des mineurs, il rappelle que ces Inscriptions ne sont plus nécessaires pour la conservation de leur hypothèque, qui existe indépendamment de toute Inscription, suivant l'art. 2135 du Code. Il en conclut qu'on n'a pas dû ordonner, pour la conservation de cette hypothèque, le renouvellement d'une Inscription qui n'était plus nécessaire pour son établissement.

Mais en même temps il observe qu'en

affranchissant les droits des femmes et des mineurs, de la nécessité d'une Inscription pour l'existence de leur hypothèque, on a cependant pris des mesures sévères pour que ces droits fussent rendus publics; qu'en conséquence, l'art. 2136 du Code a enjoint aux maris et aux tuteurs de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens seraient grevés à raison du mariage ou de la tutelle, et de requérir eux-mêmes l'Inscription sur leurs propres biens, sous peine d'être réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps.

Il déclare qu'il est hors de doute que les maris et les tuteurs sont tenus, sous les peines portées en l'art. 2136, de renouveler, avant l'expiration du délai de dix ans, les Inscriptions des hypothèques dont leurs biens peuvent encore être chargés, attendu que le motif qui leur a fait ordonner d'inscrire, leur prescrit aussi de renouveler l'Inscription, toutes les fois que leurs biens continuent d'être grevés, à raison du mariage ou de la tutelle.

L'avis s'explique enfin sur le renouvellement des Inscriptions prises d'office. Il dit que le texte de l'art. 2154 et les développemens déjà donnés ne doivent plus laisser de doute, ni sur la nécessité de ce renouvellement avant l'expiration du délai de dix années, ni même sur la personne chargée de prendre ce soin. Il le démontre ainsi:

« L'art. 2108 porte que la transcription vaut Inscription pour le vendeur; le même article charge le conservateur de faire d'office l'Inscription sur son registre. La raison en est sensible : le conservateur trouve, dans l'acte de vente qu'on lui présente, tous les élémens du bordereau qu'un créancier ordinaire doit fournir pour faire inscrire son titre; le conservateur a donc sous les yeux tout ce qu'il peut désirer, pour être en état d'inscrire la créance du vendeur : la loi l'oblige à cette Inscription, sans qu'il soit nécessaire de lui faire, à ce sujet, une réquisition particulière; la présentation de l'acte à la transcription équivaut à cette réquisition.

» Résulte-t-il de là que l'Inscription, ainsi faite d'office, ne doit pas être renouvelée? en résulte-t-il que, lorsque l'époque du renouvellement est venue, c'est au conservateur à y pourvoir? Il est évident que non. Le conservateur ignore, au bout de dix ans, si la créance du vendeur est ou non soldée; il lui serait d'ailleurs impossible de tenir note de toutes les ventes qu'il aurait transcrites, pour veiller, chaque jour, à ce que chaque Inscription d'office fût renouvelée à son terme.

» Il est donc vrai de dire que l'Inscription d'office doit être renouvelée comme toute autre, pour la conservation de l'hypothèque, et que c'est au vendeur à veiller au renouvellement : il ne doit pas se trouver blessé par une obligation qui lui est commune avec tous les créanciers sans exception, quand ils veulent conserver leurs droits ».

Le conseil d'état ajoute enfin que ces principes s'appliquent aussi à une autre espèce d'Inscriptions d'office, ordonnée par l'art. 7 de la loi du 5 septembre 1807, et qui doit être faite par les conservateurs au nom du trésor public, pour la conservation de ses droits, au vu des actes translatifs de propriété passés par les receveurs généraux et par les payeurs.

Il résulte de là que le renouvellement de l'Inscription avant l'expiration du délai de dix années, doit être fait, 1°. par les créanciers hypothécaires ordinaires, sous peine de perdre tout le fruit de la première Inscription; 2°. par le vendeur, sous la même peine; 3°. par les conservateurs, à l'égard des hypothèques qui intéressent le trésor public, toujours sous la même peine; 4°. enfin, par les maris et les tuteurs, sous peine d'être réputés stellionataires, et, comme tels, contraignables par corps; mais que les femmes et les mineurs qui auraient pris personnellement une Inscription, ne compromettraient nullement leurs droits en ne la renouvelant pas avant l'expiration du délai. L'hypothèque, en effet, resterait ce qu'elle était avant l'Inscription, c'est-à-dire, existante indépendamment de toute Inscription (1).

XVII. Nous allons terminer notre §. 5, en retraçant les dispositions des art. 2155 et 2156, et en les accompagnant de quelques courtes observations.

« Art. 2155. Les frais des Inscriptions sont » à la charge du débiteur, s'il n'y a stipula» tion contraire; l'avance en est faite par » l'inscrivant, si ce n'est quant aux hypo» thèques légales, pour l'Inscription des» quelles le conservateur a son recours con» tre le débiteur. Les frais de la transcrip» tion, qui peut être requise par le vendeur, » sont à la charge de l'acquéreur ».

(1) On trouvera ci-après, §. 8 *bis* et § 9, d'autres questions relatives à cette matière.

Cet article, purement réglementaire, détermine par qui les frais de l'Inscription doivent être payés, et par qui ils doivent être définitivement supportés. Les frais de l'Inscription doivent être avancés par l'inscrivant; mais ils sont à la charge du débiteur, s'il n'y a convention contraire; le vendeur, lorsqu'il requiert la transcription, doit aussi en avancer les frais; mais ils sont à la charge de l'acquéreur, ce qui signifie qu'il est en droit de les répéter contre l'acquéreur. Quant aux Inscriptions des hypothèques légales, le conservateur doit les faire et en réclamer les frais directement contre le débiteur.

« Art. 2156. Les actions auxquelles les » Inscriptions peuvent donner lieu contre » les créanciers, seront intentées devant le » tribunal compétent, par exploits faits à » leur personne, ou au dernier des domi- » ciles élus sur le registre; et ce, nonobs- » tant le décès, soit des créanciers, soit de » ceux chez lesquels ils auront fait élection » de domicile ».

Cet article, plus important que le précédent, règle la compétence des tribunaux où doivent être portées les actions auxquelles les Inscriptions donnent lieu contre les créanciers.

Les actions hypothécaires sont purement réelles, comme l'hypothèque qui y donne lieu. Elles doivent donc, par cela même, être portées devant le tribunal du lieu où les immeubles frappés d'hypothèques sont situés.

L'art. 2159 dit que la radiation non consentie, est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'Inscription a été faite; et ce tribunal, d'après l'art. 2146, est celui dans le ressort duquel sont situés les biens soumis à l'hypothèque.

Cependant le même art. 2159 nous apprend que cette règle peut recevoir des exceptions dans certains cas. Nous verrons ces exceptions, lorsqu'il sera question des radiations et des réductions. Nous nous contentons d'observer ici que les actions contre les créanciers inscrivans, peuvent avoir pour objet, soit la réduction de l'Inscription, soit sa radiation pour cause de paiement, d'insuffisance de deniers, ou de nullité, et qu'elles peuvent être intentées par le débiteur, par un autre créancier du même débiteur, par l'acquéreur, ou par l'adjudicataire de l'immeuble frappé de l'Inscription : dans tous ces cas, et lorsqu'il s'agit de réduction ou de radiation, le demandeur a le choix d'assigner le créancier inscrivant par exploit fait à sa personne ou au dernier des domiciles élus sur le registre.

Mais la notification à la personne est purement facultative, et elle doit l'être nécessairement, parceque le demandeur, ou l'huissier exploitant en son nom, ne pourrait jamais se promettre de trouver le débiteur en personne, pour lui délivrer la copie de l'exploit. Ceci sera confirmé par l'art. 2183, qui, en parlant de la notification à faire par l'acquéreur aux créanciers inscrits, dans la vue de purger les hypothèques, nous dira positivement que cette notification doit être faite aux domiciles par eux élus dans leurs Inscriptions, sans désigner aucun autre domicile qui puisse ou doive être substitué à celui-là.

§. VI. *Quels sont les effets de l'hypothèque entre les créanciers?*

Le principal effet de l'hypothèque entre les créanciers, est la préférence qu'elle donne aux uns sur les autres. Mais elle n'obtient cet effet, ainsi que les autres qui y sont attachés, que par l'Inscription. Cette doctrine, déjà développée dans le §. 2, est principalement consacrée par l'art. 2134 du Code civil, qui est ainsi conçu : « Entre les créanciers, » l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, » soit conventionnelle, n'a de rang que du » jour de l'Inscription prise par le créancier » sur le registre du conservateur, dans la » forme et de la manière prescrite par la loi, » sauf les exceptions portées en l'article » suivant ».

Concilier le crédit le plus étendu avec la plus grande sûreté, voilà le problème à résoudre, a dit l'orateur du gouvernement, en proposant cet article au corps législatif. L'Inscription résoud ce problème. Cette formalité donne à l'hypothèque une publicité qui prémunit les tiers contre les dangers auxquels ils étaient exposés auparavant, et qui procure indirectement au crédit de l'emprunteur toute la latitude qu'il peut avoir, puisque l'absence des Inscriptions est une preuve de la liberté de ses immeubles et le meilleur garant de la solidité des engagemens qu'il offre de contracter.

L'Inscription complète l'action de l'hypothèque. Elle donne au créancier le droit de suivre l'immeuble hypothéqué.

L'Inscription détermine, par sa date, le rang de l'hypothèque, dans le cas sujet à se présenter souvent, où plusieurs hypothèques se trouveront cumulées sur le même immeuble. Ce ne sera plus par la date des

contrats authentiques ou par celles des juge mens, que sera déterminé l'ordre de collocation entre plusieurs créanciers ayant hypothèque sur les mêmes immeubles : cet ordre sera fixé par celui des Inscriptions, de manière que la créance inscrite la première sera préférée dans la collocation à toutes les autres, quoique antérieures par les dates de leurs titres.

Enfin l'Inscription répétée dans les délais fixés par la loi, conserve le rang déterminé par l'Inscription primitive, suivant l'art. 2154 que nous avons expliqué plus haut.

Tels sont les divers effets de l'Inscription. Nous reproduirons avec de nouveaux développemens, à l'endroit indiqué dans le §. suivant, ceux qui sont relatifs aux tiers-détenteurs, et nous revenons à la fixation du rang qui fait le sujet unique de l'art. 2134 que nous expliquons ici.

En rapprochant ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent, du texte de ce dernier article, nous trouverons que son vrai sens est que l'hypothèque n'acquiert de rang que par l'Inscription sur le registre public, et que ce rang est celui qu'indique la date de l'accomplissement de cette formalité.

Cette disposition embrasse les trois genres d'hypothèques : conventionnelles, judiciaires et légales. L'exception annoncée se réfère uniquement aux hypothèques légales des femmes sur les biens de leurs maris, et des mineurs sur les biens de leurs tuteurs.

Nous rappellerons que l'art. 2121 a établi une troisième espèce d'hypothèque légale, savoir, celle de l'État, des communes et des établissemens publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables; et que, de cela seul que cette hypothèque n'est pas comprise dans l'exception, elle demeure soumise à la loi commune, et conséquemment qu'elle n'a de rang que du jour de l'Inscription prise sur les registres du conservateur.

On rappellera aussi qu'en analysant, sous le mot *Hypothèques*, sect. 2, §. 3, art. 4, les hypothèques qui dérivent immédiatement de l'autorité de la loi, nous avons rangé dans cette classe le droit de rétention, les priviléges et l'hypothèque du légataire sur les biens de la succession dévolus à ceux qui se trouvent chargés d'acquitter les legs.

Le droit de rétention, par la manière même dont il s'exerce, et que nous avons expliqué dans son lieu, est affranchi de toute espèce d'Inscription.

Les priviléges sont sujets à l'Inscription : mais l'Inscription ne produit pas sur eux les effets qu'elle produit sur les hypothèques, ainsi que nous l'expliquerons au mot *Privilége*.

Mais nul motif ne peut exempter de la loi commune l'hypothèque du légataire sur les biens de la succession dévolus à ceux qui se trouvent chargés d'acquitter le legs; attendu qu'elle n'est pas comprise dans l'exception. Cette hypothèque, ainsi que les autres, n'aura donc de rang que par l'Inscription, et son rang sera celui que lui assignera la date de l'Inscription.

On pourra nous demander ici, de quelle utilité sera cette hypothèque pour le légataire, tandis que l'art. 2111 accorde à ce même légataire un privilége sur les immeubles de la succession, qui est bien plus puissant que l'hypothèque.

L'observation est juste. Les légataires, en effet, peuvent, d'après cet article, demander la séparation du patrimoine du défunt d'avec celui des héritiers, et acquérir ensuite un privilége sur les immeubles de la succession, par des Inscriptions faites sur chacun de ces biens, dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession. Ce privilége, pas plus que l'hypothèque légale, ne leur donnera aucun droit contre les créanciers de la succession, attendu qu'un légataire ne peut réclamer son legs qu'autant que tous les créanciers de la succession, quel que soit leur titre, sont entièrement satisfaits; mais il lui donnera une préférence exclusive sur tous les créanciers personnels de l'héritier; ce qui lui sera indubitablement plus avantageux qu'une hypothèque, puique l'hypothèque du légataire n'empêcherait nullement qu'il ne dût entrer en concours avec les créanciers personnels et hypothécaires de l'héritier, et qu'il n'aurait, dans ce concours, que le rang que lui assignerait la date de son Inscription.

Il est évident que le légataire bien éclairé sur ses intérêts, ne manquera pas d'user, de préférence de son privilége, pourvu qu'il ait formé sa demande en séparation du patrimoine, et pris les Inscriptions dans le délai fixé par la loi : mais s'il a laissé écouler les délais, s'il n'a pas pris ces Inscriptions dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession, il aura perdu irrévocablement son privilége, et il ne lui restera plus d'autre ressource que celle d'invoquer l'art. 2115, qui déclare que toutes les créances privilégiées, soumises à la formalité de l'Inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour conserver le privilége, n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être

hypothécaires; mais que l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des Inscriptions.

Il dira: « J'avais deux droits, une hypothèque légale qui m'était accordée par » l'art. 2027 du Code civil, et un privilége » qui m'était offert par l'art. 2111 du même » Code. J'ai perdu le privilége par ma négligence; l'hypothèque me reste, et j'en use ». Voilà comment et dans quel cas l'hypothèque légale du légataire sur les biens de la succession peut avoir son application et son utilité.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur les effets de l'hypothèque entre créanciers, attendu qu'ils se trouvent répandus dans tout ce que nous avons déjà écrit sur la matière des hypothèques, et qu'ils se reproduiront encore dans ce qui nous restera à dire sur le même sujet, notamment aux mots *Ordre de Créanciers.*

Les mêmes motifs nous déterminent aussi à être très-concis dans notre discussion sur les effets de l'hypothèque contre les tiers-détenteurs, qui va faire le sujet du §. suivant.

§. VII. *Quels sont les effets de l'hypothèque contre les tiers-détenteurs?*

C'est encore l'Inscription qui complète l'hypothèque considérée sous ce nouveau rapport.

C'est l'Inscription, en effet, qui donne au créancier le droit de suivre l'immeuble hypothéqué. Les créanciers, dit l'art. 2166 du Code civil, ayant privilége ou hypothèque *inscrits* sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe.

L'Inscription donne au créancier qui l'a prise, la certitude que son hypothèque ne pourra être purgée, ni par l'aliénation volontaire de l'immeuble hypothéqué, ni par l'expropriation forcée du même immeuble, sans qu'il soit appelé pour veiller à la conservation de ses intérêts, et à ce que le prix de l'immeuble soit porté à sa vraie valeur. Cette sécurité repose sur les art. 2183 et 2185 du Code civil, et sur l'art. 695 du Code de procédure civile, dans lesquels on trouve ces expressions:

« Si le nouveau propriétaire veut se garantir des poursuites..., il est tenu... de notifier aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans leurs *Inscriptions*...

» Lorsque le nouveau propriétaire a fait cette notification dans le délai fixé, tout créancier dont le titre est *inscrit*, peut requérir la mise aux enchères et adjudication publique.....

» Un exemplaire du placard imprimé, prescrit par l'art. 684, sera notifié aux créanciers *inscrits* aux domiciles élus par leurs Inscriptions.

Le tiers-détenteur peut ne pas avoir le dessein de purger les hypothèques. Alors, il demeure, par l'effet seul des Inscriptions, obligé, comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, et il jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. Le tiers-détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué sans aucune réserve. Ce sont les propres termes des art. 2167 et 2168 du Code civil.

Ces articles sont suivis d'autres dispositions qui réglent la manière dont le créancier hypothécaire peut poursuivre sur le tiers-détenteur, la vente forcée de l'immeuble hypothéqué. Mais quoique les procédures qui accompagnent cette vente, soient un effet de l'hypothèque contre le tiers-détenteur, elles appartiennent néanmoins plus particulièrement à *la saisie immobilière*, et elles seront expliquées sous ces mots.

Ces divers droits ne peuvent être exercés activement par un créancier hypothécaire, qu'autant que son hypothèque est inscrite, à moins qu'ils ne le fussent par un de ces créanciers privilégiés désignés dans l'art. 2107 qui sont absolument affranchis de cette formalité. Mais nous avons déjà dit dans le §. 4, et nous aurons occasion de le répéter encore que, pour jouir de ces droits, il n'est pas nécessaire que l'hypothèque soit inscrite au moment de l'aliénation volontaire.

Lorsque le tiers-détenteur n'est pas dans l'intention de purger spontanément les hypothèques, il est presque superflu d'examiner si ce tiers-détenteur a un titre onéreux ou lucratif, particulier ou universel, puisque, dans tous ces cas, l'action des créanciers hypothécaires contre ce tiers-détenteur produit, en dernière analyse, un effet uniforme, celui d'obtenir la vente forcée de l'immeuble hypothéqué, et la distribution du prix selon l'ordre des hypothèques.

Cette distinction devient plus importante dans le cas où le tiers-détenteur, prenant le rôle actif, veut, de son propre mouvement, purger les hypothèques: nous la ferons sous le mot *Transcription*, où nous traiterons cette partie, l'une des plus intéressantes du Code hypothécaire.

§. VIII. *De la réduction et de l'extinction des hypothèques.*

On doit s'apercevoir qu'à mesure que nous avançons, le lien qui rattache les matières hypothécaires au mot *Inscription*, se relâche de plus en plus. Nous ne pouvons plus dissimuler qu'en traçant notre division générale, nous avons plus consulté le désir de réunir en un seul corps toutes les parties du droit hypothécaire, que la possibilité de l'exécution de ce plan, surtout dans un dictionnaire où chaque question doit se retrouver, autant qu'il est possible, sous le mot technique auquel elle appartient.

Nous sommes donc forcés de convenir que la *réduction* et l'*extinction* des hypothèques ne peuvent présenter que des rapports très-éloignés avec l'Inscription, et que la discussion de ces parties, ramenées sous des mots plus significatifs, ne peut que devenir plus lumineuse.

Nous avons déjà expliqué comment s'opère la réduction des hypothèques légales des femmes et des mineurs; nous chercherons sous les mots *Réduction des hypothèques*, comment elle s'opère sur les autres hypothèques qui en sont susceptibles.

« Les priviléges et hypothèques (dit l'art. 2180) s'éteignent:

» 1°. Par l'extinction de l'obligation principale;

» 2°. Par la renonciation du créancier à l'hypothèque;

» 3°. Par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers-détenteurs pour purger les biens par eux acquis;

» 4°. Par la prescription ».

Nous traiterons, sous les mots *Radiation des hypothèques*, le premier, le second et le quatrième de ces moyens d'extinction. Nous renvoyons le troisième sous le mot *Transcription*, comme désignant la première des formalités à remplir par les tiers détenteurs qui veulent purger les biens qu'ils ont acquis. *

[[§. VIII *bis*. *Questions sur la péremption décennale des Inscriptions hypothécaires.*

L'art. 2154 du Code civil qui déclare les Inscriptions hypothécaires périmées après dix ans, si elles n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai, n'a pas seulement donné lieu aux difficultés qui sont résolues par l'avis du conseil d'état du 15 décembre 1807, rappelé ci-dessus, §. 5, n°. 16 ? il a encore fait naître beaucoup d'autres questions qu'il faut traiter ici, hors deux qui trouveront mieux leur place dans le §. suivant.

I. Dans le délai décennal fixé pour le renouvellement des Inscriptions hypothécaires, doit-on comprendre le jour où l'Inscription a été prise et celui où expire ce délai? En d'autres termes, l'Inscription qui a été prise le 31 mars 1814, doit-elle nécessairement être renouvelée le 30 mars 1824? Peut-elle encore l'être le 31 mars, ou même le 1er. avril, de cette même année?

Sur cette question, il s'est formé trois opinions différentes.

Suivant la première, on ne doit compter dans le délai décennal, ni le jour où l'Inscription a été prise, ni le dernier jour de ce délai; en sorte que l'Inscription prise le 31 mars 1814, pourrait être renouvelée le 1er. avril 1824; et on la fonde sur l'art. 1033 du Code de procédure civile.

Cette opinion a été adoptée par un arrêt de la cour royale de Paris, du 21 mai 1814.

Il s'agissait d'une Inscription que le sieur Paley avait prise le 12 mai 1799, mais qu'il n'avait renouvelée que le 13 mai 1809; et un jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, du 19 août 1813, l'avait déclarée périmée, « attendu (avait-il » dit) que les dix ans ont été révolus au 12 » mai 1809 ».

Mais, sur l'appel, l'arrêt cité,

« Considérant que toute prescription n'est acquise que lorsque le dernier jour du terme est accompli; que les dix années fixées par la loi pour l'effet d'une Inscription prise dans le cours du jour 23 floréal an 7 (12 mai 1799), n'ont pu se terminer que dans le jour correspondant de 1809, qui a été le 13, date de l'Inscription renouvelée;

» Met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, ordonne qu'au règlement définitif dont il s'agit, Paley sera colloqué à la date et hypothèque de son titre de créance, conservée par ses Inscriptions des 23 floréal an 7 et 13 mai 1809 ».

Suivant la seconde opinion, l'on doit comprendre dans le délai, et le jour où l'Inscription a été prise et le jour où le délai expire; en sorte qu'une Inscription prise le 31 mars 1814, ne pourrait plus être renouvelée même le 31 mars 1824; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour d'appel de Colmar, du 30 juillet 1813.

Dans le fait, les sieurs Weyl, cessionnaires de trois créances inscrites sur les biens des époux Riber, avaient laissé périmer deux de leurs Inscriptions; mais il y en avait une,

du 24 mai 1799, qu'ils avaient renouvelée le 24 mai 1809.

Ce renouvellement avait-il été fait en temps utile? Les sieurs Detwiller, qui avaient acquis les biens des époux Riber postérieurement aux Inscriptions dont ils avaient été grevés, soutenaient la négative. Du 24 mai 1799 au 24 mai 1809 (disaient-ils), il s'est écoulé dix ans plus un jour. Car, de même que dix jours, en partant, par exemple, du 14 du mois, sont révolus à la fin du 23 du même mois, de manière que le 24 se trouve en deçà du terme et commence une nouvelle période de dix jours; de même dix années, en partant du 24 mai 1799, ont été révolues à la fin du 23 mai 1809; et le 24 mai 1809 s'étant trouvé en deçà de ce terme, a été le premier jour d'une nouvelle période de dix ans.

Les sieurs Weyl répondaient que sans doute une période de dix jours dont le 14 du mois forme le premier, est révolue le 23, et que le 24 appartient à une nouvelle période du même espace de temps; que sans doute aussi et par la même raison, dix années, à partir du 24 mai 1799, et y compris ce jour-là même, étaient révolues à la fin du 23 mai 1809; et que le 24 mai 1809 n'appartenant plus à ces dix années, formait le premier jour d'une nouvelle période de dix ans; mais qu'il était faux que, dans le délai décennal dont il s'agissait, on dût comprendre le 24 mai 1799; que l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, auquel est littéralement conforme l'art. 2154 du Code civil, ne fait courir ce délai qu'*à compter du jour de la date* des Inscriptions; et qu'il est de principe que, dans les mots, *à compter de tel jour*, on ne doit pas comprendre le jour même qui est indiqué comme le point de départ.

Sur ces débats, jugement qui déclare l'Inscription du 24 mai 1799 valablement renouvelée le 24 mai 1809.

Mais sur l'appel,

« Vu les art. 2154, 2260 et 2261 du Code civil, portant le premier....; le second : *la prescription se compte par jour et non par heure;* et l'art. 2261 : *elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli;*

» Et attendu qu'aucune des créances en faveur desquelles les intimés ont obtenu les fins de leur demande en déclaration d'hypothèque, n'a été renouvelée dans le délai prescrit par la loi; que celle qui se rapproche le plus de l'instant fatal, est celle qui a été cédée aux intimés par le sieur Cointet; que néanmoins l'Inscription relative à cette créance n'a été renouvelée qu'après les dix années révolues;

» La cour réforme le jugement attaqué et déclare les sieurs Weyl non-recevables en leur demande en déclaration d'hypothèque (1) ».

Enfin, suivant la troisième opinion, on doit, à la vérité, comprendre dans le délai décennal le dernier jour de ce délai, mais non pas le jour où l'Inscription a été prise; et en conséquence, l'Inscription qui a été prise le 31 mars 1814, sera valablement renouvelée le 31 mars 1824; mais elle le serait inutilement le 1er. avril.

Cette opinion a été adoptée, dans ses deux branches, par les arrêts de la cour supérieure de justice de Bruxelles dont voici les espèces.

Mariane Dujardin possédait divers immeubles grevés d'hypothèques au-dessus de leur valeur. Elle les vendit publiquement; et les acquéreurs ayant rempli les formalités prescrites pour purger leur propriété, l'ordre fut ouvert.

Parmi les nombreux créanciers inscrits, se présenta en première ligne le sieur Bossart. Il était porteur d'une Inscription qu'il avait prise le 24 vendémiaire an 5 (25 septembre 1796); mais comme il ne l'avait renouvelée que le 25 septembre 1806, on soutint que le renouvellement en était tardif, parceque le délai décennal, disait-on, doit, aux termes de l'art. 2154 du Code civil, se compter du jour de l'Inscription, et que par conséquent ce jour y est compris.

Jugement du tribunal de première instance de Gand qui déclare l'Inscription valablement renouvelée; et sur l'appel, arrêt du 19 octobre 1815, qui confirme ce jugement, « attendu que, de ce qu'aucune disposition » législative n'a ordonné que le moment du » jour où se fait l'Inscription, soit annoté, » et qu'au contraire l'art. 2147 du Code civil » a établi le concours entre les Inscriptions » prises le même jour, il s'ensuit que le moment où se font respectivement les Inscriptions n'a aucune influence sur leurs droits » ainsi acquis; que conséquemment le point » de départ est évidemment le dernier terme » du jour même de l'Inscription; d'où il suit » que l'Inscription du 25 septembre 1806, » dont il s'agit au procès, a été prise en » temps utile, en partant de la fin du 25e. » jour de septembre 1796 (2) ».

Cet arrêt juge nettement, comme l'on

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, partie 2, page 23.

(2) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1815, tome 2, page 310.

oit, que le jour où l'Inscription a été prise, ne doit pas être compté dans le délai décennal.

En voici un autre qui décide que l'on doit y comprendre le dernier jour de ce délai.

Le sieur Cruyssaert avait successivement hypothéqué ses biens au profit des sieurs Doom et Vandecasteele.

Le sieur Doom avait en conséquence pris une Inscription le 1er. août 1804, et il ne l'avait renouvelée que le 2 août 1814.

De son côté, le sieur Vandecasteele s'était inscrit le 11 août 1804, et il avait renouvelé son Inscription le 6 août 1814.

Les choses en cet état, les biens du débiteur furent vendus par expropriation forcée, à la requête du sieur Soenen, cessionnaire du sieur Doom; et dans l'ordre du prix, le sieur Vandecasteele soutint que l'Inscription en vertu de laquelle le sieur Soenen prétendait le primer, avait été renouvelée trop tard.

Le sieur Soenen répondait que, dans le calcul des dix ans, on ne devait avoir égard ni au jour du terme *à quo*, ni au jour du terme *ad quem;* que cela résultait de l'art. 1033 du Code de procédure civile; et que l'arrêt de la cour royale de Paris, du 21 mai 1814, l'avait ainsi jugé.

Le 31 décembre 1818, jugement du tribunal de première instance d'Ypres, qui, adoptant le système du sieur Soenen, colloque celui-ci avant le sieur Vandecasteele.

Mais sur l'appel, arrêt du 9 avril 1821, qui,

« Attendu que l'Inscription prise par l'intimé le 1er. août 1804, n'a été renouvelée que le 2 août 1814, et en conséquence quand les dix ans étaient déjà expirés; que cette première Inscription étant périmée, son hypothèque ne peut être censée avoir été inscrite que dudit jour 2 août 1814, époque du renouvellement, tandis que l'Inscription de l'appelant a été légalement maintenue à la date du 11 août 1804;

» Sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Baumhauer, met au néant le jugement dont est appel; émendant, réforme l'ordre dont il s'agit, en tant qu'il dispose à l'égard des parties en cause; ordonne que l'appelant y sera colloqué au lieu et place de l'intimé (1) ».

Reste à savoir laquelle de ces trois opinions est la plus conforme aux principes.

Ce n'est certainement pas la première: elle n'est fondée que sur l'art. 1033 du Code de procédure civile; et il est bien constant que cet article, contraire au droit commun sur le mode de calcul des délais légaux, ne dispose comme il le fait que relativement à certains actes de procédure. C'est ce que j'ai démontré dans un réquisitoire du 17 juin 1812, (rapporté au mot *Appel*, sect. 1, §. 1, nº. 14, et dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Enregistrement*, §. 15.)

La seconde et la troisième s'accordent en ce qu'elles tiennent pour nul le renouvellement d'Inscription qui n'a été fait que le lendemain du dernier jour des dix années à compter du jour où l'Inscription a été prise; et à cet égard, elles sont parfaitement exactes. Cela résulte des détails dans lesquels je suis entré aux endroits que je viens de citer.

Mais elles diffèrent en ce que, suivant l'une, les expressions de l'art. 2154 du Code civil, *à compter du jour de sa date*, ont un sens *inclusif*, et par conséquent comprennent dans le délai décennal le jour où l'Inscription a été prise; et que, suivant l'autre, au contraire, ces expressions doivent être entendues dans un sens *exclusif*, ou, en d'autres termes, ce n'est que le lendemain du jour où l'Inscription a été prise, que les dix années commencent à courir.

De ces deux manières d'entendre, dans l'art. 2154, les mots *à compter du jour de sa date*, quelle est celle qui doit prévaloir?

On se rappelle que la cour de Colmar s'est fondée, pour embrasser la première, sur l'art. 2260, portant que les prescriptions *se comptent par jour et non par heure.*

Cet article établit en effet implicitement, comme je le prouve à l'article *Prescription* (sect. 2, §. 2, nº. 5), que le jour à compter duquel une prescription quelconque commence à courir, doit être compris dans l'espace de temps requis par la loi pour qu'elle remplisse son objet; et dès-là, nul doute que l'on ne doive s'en tenir à l'arrêt de la cour de Colmar.

Celui de la cour de Bruxelles, du 19 octobre 1815, est fondé sur une raison plus spécieuse que concluante. Que résulte-t-il de l'art. 2147 du Code civil? Rien autre chose si ce n'est que deux Inscriptions prises successivement le même jour, doivent être regardées comme prises au même instant. Mais quand on pourrait, en bonne logique, inférer ultérieurement de là que toute Inscription est censée prise au dernier moment du jour dont elle porte la date, pourrait-on pousser cette conséquence jusqu'à dire que le jour où une Inscription est prise, ne doit pas entrer dans le calcul du délai décennal après lequel elle

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1821, tome 1er., page 234.

sera périmée? Non certainement, puisque le dernier moment de ce jour appartient nécessairement à ce jour même, tout aussi bien que le premier; et que, dès lors, la règle établie par l'art. 2260, s'applique à l'un comme à l'autre.

Aussi trouvera-t-on ci-après, n°. 7, un arrêt de la section civile de la cour de cassation, du 17 juin 1817, dans lequel il est affirmé, comme chose au-dessus de toute espèce de doute, qu'une *Inscription prise le 14 avril 1799, aurait dû être renouvelée* AVANT *le 14 avril 1809*.

Il est cependant à remarquer que, depuis, la section des requêtes a adopté l'opinion contraire par un arrêt dont je parlerai dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Délai*, §. 5.

II. 1°. Le droit d'opposer la péremption d'une Inscription hypothécaire, est-il limité aux créanciers? Ne peut-elle pas être également opposée par les tiers-détenteurs qui ont acquis postérieurement à la date de l'Inscription périmée et avant que la péremption en fût encourue?

2°. Quel est, à l'égard des uns et des autres, l'effet du renouvellement d'une Inscription périmée?

3°. Quel est-il à l'égard du tiers-détenteur qui, lors de son acquisition, a eu connaissance de l'existence de l'Inscription périmée depuis?

4°. Le tiers-détenteur peut-il encore exciper de la péremption de l'Inscription faite avant son acquisition, lorsque, postérieurement à son acquisition, et avant que l'Inscription fût périmée, il a payé au créancier qui l'avait prise, un à-compte sur sa créance?

De ces quatre questions que je réunis ici à raison de la connexité qu'elles ont entre elles, la première ne peut souffrir aucune difficulté. L'art. 2154 dit que, si les Inscriptions n'ont pas été renouvelées dans les dix ans, *leur effet cesse;* et il le dit sans distinction. Les Inscriptions non renouvelées dans les dix ans, ne conservent donc pas plus d'effet contre les tiers-détenteurs que contre les créanciers.

Les sieurs Weyl soutenaient cependant le contraire dans l'espèce rapportée au n°. précédent.

« Avant que les immeubles détenus aujourd'hui par les sieurs Dettwiller (disaient-ils), devinssent leur propriété, ces immeubles étaient grevés des hypothèques dont nous réclamons aujourd'hui l'effet. Ces immeubles n'ont donc été transmis aux sieurs Dettwiller que sous l'affectation de ces hypothèques. Les sieurs Dettwiller ont donc été soumis, par le seul fait de leur acquisition, à l'acquittement des créances inscrites ou au délaissement des immeubles; en un mot, ils ont assumé sur leur tête l'obligation d'*éteindre les hypothèques* telles qu'elles pesaient sur les immeubles acquis.

» Or, quels sont les moyens d'éteindre une hypothèque? La loi en désigne quatre. Les hypothèques s'éteignent, dit l'art. 2180, 1°. par l'extinction de l'obligation principale; 2°. par la renonciation du créancier à l'hypothèque; 3°. par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers-détenteurs pour purger les biens par eux acquis; 4°. par la prescription.

» Mais, disent les sieurs Dettwiller, il y a eu prescription; et ils se fondent sur l'art. 2154.

» Il est facile de leur répondre sur ce point. Lorsque l'art. 2154 a exigé le renouvellement de l'Inscription pour conserver l'hypothèque, il n'a eu en vue que l'intérêt des créanciers inscrits, relativement aux autres créanciers, soit chirographaires, soit même hypothécaires inscrits postérieurement; mais il n'a point exigé le renouvellement relativement au débiteur lui-même, non plus que relativement aux tiers-détenteurs dont le titre était postérieur aux Inscriptions, et qui par conséquent avaient pris l'immeuble affecté comme il l'était. A l'égard des premiers, le renouvellement était nécessaire, car son défaut aurait fait perdre aux créances inscrites la préférence et l'avantage que la première Inscription leur avait donnés sur les créances inscrites postérieurement; mais à l'égard des autres, ce renouvellement est absolument inutile, et son défaut ne causerait aucun préjudice aux créances déjà inscrites et non-renouvelées ».

Mais on a vu que, par son arrêt du 30 juillet 1813, la cour d'appel de Colmar n'a eu aucun égard à ces moyens; et qu'elle a déclaré les sieurs Weyl non-recevables dans leur demande en déclaration d'hypothèque contre les sieurs Dettwiller.

Quant à la seconde question, une observation très-simple va nous en donner la clef.

Le renouvellement d'une Inscription périmée ne peut sans doute pas la faire revivre; mais lorsqu'il est fait régulièrement, il vaut au moins comme Inscription prise pour la première fois.

Ainsi, nul doute qu'à l'égard des créanciers, il ne conserve l'hypothèque qu'il a pour

objet, qu'il ne la conserve purement et simplement contre les créanciers chirographaires, et qu'il ne la conserve à la date qu'il porte, contre les créanciers hypothécaires non encore inscrits.

Nul doute, par la même raison, qu'il ne conserve le privilége du vendeur contre les créanciers hypothécaires de l'acquéreur qui se sont précédemment inscrits.

Et par la même raison encore, nul doute qu'il ne conserve l'une et l'autre contre le tiers-détenteur qui, ayant acquis sous le Code civil et après la publication de l'art. 834 du Code de procédure civile (rapporté et expliqué ci-dessus, §. 4, no. 8), n'a pas encore fait transcrire son contrat, ou ne l'a fait transcrire que depuis moins de quinze jours, au moment où l'Inscription périmée se renouvelle.

C'est assez dire que, pour que l'arrêt de la cour royale de Colmar, du 30 juillet 1813, dont nous parlions tout à l'heure, ait bien jugé, en tant qu'il n'a pas eu plus d'égard à celle des trois Inscriptions périmées des sieurs Weyl, qu'ils avaient renouvelées après l'expiration des dix ans, qu'à celles qu'ils n'avaient pas renouvelées, du tout, il faut supposer un fait qui n'est articulé, ni dans son texte, ni dans le recueil où nous l'avons puisé, savoir, que les sieurs Dettwiller avaient fait transcrire leur contrat d'acquisition antérieurement à l'Inscription prise en renouvellement par les sieurs Weyl, le 24 mai 1809; car, sans cette circonstance, la nouvelle Inscription des sieurs Weyl qui n'aurait pu valoir comme renouvellement, aurait au moins eu l'effet d'une première Inscription, et aurait, comme telle, suffi pour faire accueillir leur demande en déclaration d'hypothèque contre les sieurs Dettwiller.

Du reste, il aurait peu importé, dans cette hypothèse, que les sieurs Dettwiller eussent acquis sous la loi du 11 brumaire an 7, et qu'à l'époque où les sieurs Weyl avaient pris leur nouvelle Inscription, le Code civil fût en pleine vigueur.

Il existe, à la vérité, un arrêt de la cour royale de Paris, du 9 février 1814, qui juge que le créancier qui n'a renouvelé son Inscription sous le Code civil qu'après la vente de l'immeuble hypothéqué, est sans action contre l'acquéreur, encore que la vente ait été faite sous la loi du 11 brumaire an 7, et n'ait pas été transcrite (1).

Mais sur quel fondement juge-t-il ainsi? Parceque la publication de l'art. 1583 du Code civil, aux termes duquel la vente est parfaite par le seul consentement du vendeur et de l'acheteur, a eu, pour le tiers-détenteur qui avait acquis, antérieurement à cette publication, tout l'effet d'une transcription proprement dite. Or, c'est là une erreur grave qui, momentanément accréditée par quelques arrêts échappés à la cour de cassation, a été depuis reconnue et réparée par d'autres arrêts de la même cour, comme on peut le voir au mot *Transcription*, §. 3, no. 1. L'arrêt dont il s'agit n'a donc plus de base.

Que serait-ce si le tiers-détenteur avait acquis sous le Code civil, mais avant la publication du Code de procédure, et par conséquent avant que l'art. 834 de ce Code eût déclaré que les créanciers hypothécaires et privilégiés *qui n'auraient pas fait inscrire leurs titres antérieurement aux aliénations qui seraient faites à l'avenir*, seraient *reçus à requérir la remise aux enchères, en justifiant de l'Inscription qu'ils* auraient *prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte?* Ne pourrait-il pas dire que

Par cela seul qu'il a acquis à une époque où il n'y avait pas d'autre règle pour fixer la date de la translation de la propriété, que l'art. 1583 du Code civil, il a été, de plein droit, et aux termes de l'art. 2166, affranchi, par son acquisition, des hypothèques non-inscrites au moment où elle a eu lieu;

Qu'à la vérité, l'hypothèque dont on réclame aujourd'hui l'effet contre lui, était inscrite lorsqu'il a acquis; mais que l'Inscription en ayant été périmée depuis, elle est censée n'avoir jamais existé; et qu'il ne peut pas être atteint par l'Inscription prise en renouvellement, l'eût-elle été sous l'empire de l'art. 834 du Code de procédure, parceque cet article ne l'aurait autorisée qu'autant qu'elle eût porté sur un immeuble aliéné depuis sa publication;

Que cet article a bien rétabli la nécessité de la transcription du contrat du tiers-acquéreur pour arrêter le cours des Inscriptions des hypothèques précédemment consenties par le vendeur ou acquises contre lui, telle qu'elle avait lieu sous la loi du 11 brumaire an 7; mais qu'en cela même, il a, dérogeant au Code civil, introduit un droit nouveau, et par conséquent créé une règle inapplicable aux aliénations antérieures.

Et c'est ainsi que la question a été jugée par un arrêt de la cour d'appel d'Angers, du

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, partie 2, page 74.

23 avril 1809 (1); par un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 22 décembre de la même année (2); par deux arrêts de la cour d'appel de Turin, des 20 novembre 1810 et 11 décembre 1812 (3), et par un arrêt de la cour d'appel de Nimes, du 3 juin 1808, maintenu par l'arrêt contradictoire de la cour de cassation du 13 décembre 1813, qui est rapporté au mot *Transcription*, §. 3, n°. 3?

Mais ne peut-on pas répondre, avec un autre arrêt de l'une de ces cours (celle de Turin), du 2 octobre 1811,

« Que toute innovation faite par le Code civil, dans la jurisprudence que la loi du 11 brumaire an 7 a introduite sur la transcription, consiste en ce que le Code a seulement voulu la conserver pour un moyen de purger les immeubles et droits réels immobiliers des priviléges et hypothèques, sans attribuer à la transcription des contrats translatifs de ces propriétés, l'effet qu'elle avait, d'après la loi du 11 brumaire an 7, de consolider la propriété au profit de l'acquéreur, au préjudice des aliénations précédentes non-transcrites;

» Que si le Code civil ne désigne point spécifiquement comment la transcription sert à purger les immeubles des priviléges et hypothèques, il faut le puiser dans la loi de brumaire, la première qui a introduit la transcription dans le nouveau régime hypothécaire, et la seule qui en ait déterminé les effets, qui en ait fixé les résultats qui sont nécessaires pour purger les propriétés immobilières des priviléges et hypothèques;

» Que, d'après la loi de brumaire, tout créancier ayant privilége ou hypothèque, pouvait en prendre Inscription, même après l'aliénation de l'immeuble y affecté, pourvu que celle-ci ne se trouvât pas déjà transcrite;

» Que, comme le Code civil a maintenu la transcription à l'effet de purger les immeubles, il faut conclure que ce n'est qu'en vertu de la transcription que la voie à prendre des Inscriptions de priviléges et hypothèques contractées par le vendeur avant l'aliénation, peut être fermée à ses créanciers;

» Que, supposer que les créanciers ne puissent plus prendre Inscription de leurs priviléges et hypothèques, du moment que le débiteur s'est dessaisi de l'immeuble hypothéqué, quoique l'acquéreur n'ait pas fait transcrire le contrat, ce serait une hypothèse qui porterait nécessairement à dire que, tandis que le Code civil a prescrit la formalité de la transcription pour purger les immeubles, néanmoins elle serait un acte absolument inutile et insignifiant pour un tel effet;

» Qu'il est évident qu'alors il suffirait à l'acquéreur de solder les créanciers inscrits au moment de son contrat, ou de procéder avec eux à la notification et aux offres énoncées aux art. 2183 et 2184, sans se soucier d'obtenir la transcription de son titre, dès que celle-ci ne peut lui servir pour consolider sa propriété, et que la date de son acquisition suffit pour repousser tout créancier inscrit postérieurement;

» Qu'il faudrait alors motiver la disposition de l'art. 2181 sur le seul principe financier, ce qui est tout-à-fait insoutenable;

» Que, si le Code civil, tout en conservant la transcription du contrat pour purger les immeubles des priviléges et hypothèques, eût voulu que l'immeuble ne dût être purgé que des Inscriptions existantes lors du contrat, puisque celles prises après celui-ci, même avant sa transcription, étaient de nul effet; s'agissant de porter une très-forte innovation à la jurisprudence de la loi de brumaire, il n'aurait pas manqué de la faire sentir, et surtout à l'art. 2188, en indiquant qu'il n'y était parlé que des créanciers inscrits avant le contrat;

» Que, bien loin de là, le Code, à l'art. 2198, suppose assez positivement que l'art. 2183 embrasse tous les créanciers inscrits au moment de la transcription du contrat, dès que, pour affranchir l'immeuble dans les mains du nouveau possesseur des charges inscrites que le conservateur aurait omises dans son certificat, l'art. 2198 exige que le nouveau possesseur ait requis ce certificat *depuis la transcription* de son titre; de sorte que, si l'acquéreur eût requis le certificat du conservateur *avant la transcription* du contrat, l'immeuble ne demeurerait point affranchi des Inscriptions portées au certificat susdit;

» Que, comme l'on ne peut douter que c'est d'après le certificat susdit que le tableau énoncé au n°. 3 de l'art. 2183, doit être dressé, il s'ensuit qu'il doit contenir toutes les Inscriptions existantes au moment de la transcription, puisque le conservateur, en délivrant son certificat depuis la transcription, doit y porter toutes les Inscriptions prises jusqu'au moment susdit;

» Que, si la date du contrat était décisive

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, partie 2, page 137.

(2) Journal du palais, tome 26, page 333.

(3) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 11, partie 2, page 284, et tome 14, partie 2, page 25.

pour déterminer invariablement les charges qui pèsent sur l'immeuble, l'art. 2198 n'aurait point exigé que la transcription dût précéder le certificat, mais il se serait borné à prescrire que ce certificat fût délivré depuis le contrat;

» Qu'il est constant que le Code civil ne porte la moindre disposition concernant ni la date des contrats ni celle des Inscriptions; tant il est vrai que toutes les Inscriptions sont insignifiantes pour régler le mode de purger les immeubles des priviléges et hypothèques; la transcription du titre, le certificat constatant ces Inscriptions existantes au moment où la transcription a eu lieu, sont les seuls élémens du mode de purger les propriétés des priviléges et hypothèques que le Code civil a conservés;

» Que c'est dans l'esprit de ces principes que les art. 2166 et 2182 doivent être entendus; dans le premier, il est parlé du tiers-détenteur qui n'a pas purgé la propriété; et certes tout créancier ayant privilége ou hypothèque inscrite sur elle, peut le poursuivre d'après l'art. 2167 et suivans; sans doute que le privilége et l'hypothèque doivent être inscrits; qu'autrement, le créancier ne serait point recevable dans ses poursuites; mais n'importe que l'Inscription ait eu lieu après que l'immeuble a été aliéné par son débiteur, il n'existe nulle part de loi qui ordonne aux créanciers de faire inscrire leurs hypothèques avant que leur débiteur se dessaisisse de l'immeuble hypothéqué; la seule tardiveté jusqu'après la transcription de l'aliénation, rend de nul effet l'Inscription. *Le vendeur*, est-il dit à l'art. 2182, *transmet à l'acquéreur la propriété et les droits qu'il avait* sur la chose vendue; il la transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont *il était chargé*. Or, le Code en énonçant l'affectation de ces priviléges et hypothèques, n'a pas voulu se borner à celles inscrites lors du contrat (car ce n'aurait été qu'un pléonasme d'après ce qu'il avait déjà statué à l'art. 2166); mais il a voulu faire sentir que le débiteur, en vendant son immeuble, ne préjudiciait pas à ses créanciers, puisqu'en vertu de la vente, il le transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé; et que, jusque là, le sort des créanciers demeure dans le même état où il était auparavant. Et certes, si le vendeur, en vertu de son aliénation, mettait ses créanciers dans l'impossibilité de prendre l'Inscription de leurs hypothèques, la disposition de cet article serait manquée;

» Que c'en est assez pour conclure que la disposition de l'art. 834 du Code de procédure, en ce qui touche la recevabilité des créanciers qui ont inscrit depuis l'aliénation, mais avant la transcription, à requérir la mise aux enchères, n'est que la jurisprudence du Code civil, et que l'amélioration que le Code de procédure y a portée en cette partie, est restreinte au droit qu'il accorde aux créanciers du vendeur d'inscrire leurs hypothèques dans la quinzaine après la transcription, ce qui a nécessité la loi à exclure de cette disposition les ventes antérieures (1) ».

Ne peut-on pas dire également avec un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 2 janvier 1812, que, « dans la supposition que, » sous l'empire du Code civil, la vente sans » transcription transporterait la propriété » envers des tiers, il n'est pas moins certain » que, d'après l'art. 2182 de ce Code, le ven» deur ne transmet pas à l'acquéreur plus de » droits qu'il n'en avait lui-même sur la chose » vendue, et que la vente par elle-même ne » purge pas les hypothèques existantes, à » quel effet des formalités particulières sont » requises; et partant, que la vente, *quoique* » *faite sous le Code civil, n'a pu empêcher* » *l'Inscription de ces hypothèques ?* »

Ne pourrait-on pas ajouter, avec M. Guichard (*Jurisprudence hypothécaire*, tome 3, page 346),

« Que la rédaction de l'art. 834 du Code » de procédure achève de démontrer que » les législateurs des nouveaux Codes ont » considéré qu'une hypothèque établie avant » la vente, par convention, par jugement, » ou par la loi, était bien acquise et bien in» hérente à l'immeuble quoique non inscrite: » *Les créanciers* (porte-t-il) *qui, ayant* » *UNE HYPOTHÈQUE aux termes des* » *art.* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code civil, n'au*» *ront point fait inscrire leurs titres antérieu*» *rement aux aliénations....* »;

Et que, « par ces termes, ils reconnaissent, » ils déclarent expressément qu'on peut avoir » une hypothèque acquise avant l'aliénation, » par la seule force de la convention, de la » loi, ou d'un jugement, quoique non encore » inscrite. S'ils eussent considéré l'hypothèque » *non inscrite* avant la vente, comme n'*exis*» *tant pas*, comme n'ayant aucune réalité, » aucune assiette, ils n'eussent certainement » pas autorisé à l'inscrire après la vente, jus» qu'à la transcription et pendant la quin» zaine ensuivante; car c'eût été permettre » de grever l'immeuble d'une charge nouvelle,

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 12, partie 2, page 257.

» au détriment de l'acquéreur et pour une » cause étrangère à lui ; c'eût été faire revivre » le système si hautement proscrit lors de la » discussion du Code civil sur les hypo- » thèques, autoriser les créanciers des ven- » deurs à se créer un droit d'hypothèque sur » l'immeuble vendu, même postérieurement » à l'aliénation, et depuis la pleine transmis- » sion de propriété aux mains de l'acqué- » reur » ?

Dans ce conflit de raisons et d'autorités, le moyen le plus sûr de parvenir à discerner la vérité d'avec l'erreur, est de remonter à l'origine de l'art. 834 du Code de procédure, de rechercher comment il a été amené dans ce Code, et de se bien fixer sur l'esprit dans lequel il y a été introduit.

M. Grenier, dans un rapport fait au tribunat, le 26 ventôse an 12, au nom de la section de législation, sur le titre *des priviléges et hypothèques* du Code civil, s'était ainsi exprimé sur les règles tracées dans ce titre relativement à la transcription :

« Ou l'acquéreur, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, veut laisser les héritages empreints des hypothèques qui y ont été établies; ou il veut purger ces hypothèques, c'est-à-dire les détacher de l'immeuble, et les convertir en actions sur le prix.

» Au premier cas, le droit de suite des créanciers sur l'immeuble qui y est affecté à leurs créances, reste dans toute sa force. L'acquéreur peut être contraint au paiement de toutes les créances, en jouissant néanmoins de tous les délais accordés par le créancier au débiteur originaire; il ne peut se mettre à l'abri de ces poursuites que par le délaissement par hypothèque. Si ce délaissement arrive, la loi établit les formes qui doivent être suivies pour parvenir à la vente.

» Au second cas, l'acquéreur doit d'abord commencer par la transcription de l'acte translatif de sa propriété. Mais cette transcription n'est plus nécessaire aujourd'hui pour la transmission des droits du vendeur à l'acquéreur, respectivement à des tiers, ainsi que l'avait voulu la loi du 11 brumaire an 7. Elle n'ajoute rien à la force du contrat dont la validité et les effets sont subordonnés aux lois générales relatives aux conventions et à la vente; en sorte qu'elle n'est pas nécessaire pour arrêter le cours des Inscriptions, qui auparavant pouvaient toujours être faites sur l'immeuble vendu, même après la vente ».

M. Grenier avait répété mot pour mot la même chose à la séance du corps législatif, du 28 du même mois, en y portant le vœu du tribunat pour l'adoption du titre cité.

Ce discours ayant été mis sous presse, on l'avait altéré dans quelques exemplaires, en faisant dire à M. Grenier : « La transcription » ne peut avoir d'*autre effet que d'arrêter le* » *cours des Inscriptions qui, sans cela, pour-* » *raient toujours être faites pour des hypo-* » *thèques établies sur l'immeuble vendu* et » réduire les hypothèques dont il doit être » grevé, à celles antérieures à l'acte translatif » de la propriété, et qui auront été inscrites » jusqu'à la transcription ».

Ce changement qui substituait à la pensée émise par M. Grenier, tant devant le tribunat que devant le corps législatif, une opinion toute contraire, le frappa bientôt lui-même : il se hâta de le faire disparaître dans les exemplaires tirés ensuite, et il prit la précaution de le signaler dans l'édition définitive, par une note ainsi conçue : « Le changement » qu'on pourrait remarquer en cet endroit, » relativement aux premiers exemplaires dis- » tribués, qui porte sur cinq ou six lignes, » est fait sur un *errata* donné par l'auteur du » rapport, pour faire disparaître un louche » échappé dans la rapidité de l'impression ». (*Note de l'auteur du rapport.*)

Le directeur général de la régie de l'enregistrement, entre les mains duquel était tombé l'un des exemplaires fautifs du rapport, et qui le supposait conforme à l'original, s'en était fait une autorité pour écrire circulairement aux conservateurs des hypothèques, qu'ils devaient inscrire sans hésiter tous les titres de créances hypothécaires qui leur seraient présentés jusqu'à la transcription des contrats des tiers-acquéreurs.

Contrarié dans ce système par la découverte du véritable sens de l'opinion de M. Grenier, et alarmé de la diminution qu'elle opérerait dans les produits des Inscriptions et des transcriptions, il en référa au ministre des finances, qui transmit son instruction, par une lettre du 24 vendémiaire an 13, au ministre de la justice, en lui faisant observer qu'encore qu'il l'approuvât au fond, elle lui paraissait avoir été fort mal à propos adressée aux conservateurs, « attendu (dit-il fort judicieusement) » qu'il ne leur est pas permis de refuser les » Inscriptions requises dans la forme prescrite » par le Code; qu'ils ne sont pas les juges du » mérite de ces Inscriptions; qu'il ne leur » appartient donc pas d'examiner si le bien » sur lequel on prend Inscription, est encore » la propriété de celui qui a contracté la » créance emportant hypothèque, ni si l'ac- » quéreur a fait ou non transcrire son » contrat ».

Le ministre de la justice répondit au mi-

nistre des finances, le 21 brumaire suivant, qu'il n'approuvait pas plus le fond que la forme de l'instruction du directeur général de la régie; et quelque temps après, pour mettre fin à la controverse élevée sur le fond entre lui et le ministre des finances, il fit au chef du gouvernement un rapport dans lequel, en persistant à combattre l'opinion de la régie, il présenta les raisons pour et contre.

Ce rapport fut renvoyé à la section de législation du conseil d'état; et sur le compte qu'elle en rendit à la séance du 11 fructidor an 13, il fut donné, après un mûr examen, et presque à l'unanimité, un avis ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui a entendu le rapport de la section de législation sur celui du ministre de la justice, tendant à fixer le sens de l'art. 2181 du Code civil, et à prononcer sur la question de savoir si la transcription des ventes sur les registres du conservateur des hypothèques, est encore nécessaire, comme elle l'était sous l'empire de la loi du 11 brumaire an 7, pour mettre l'acquéreur à l'abri de nouvelles Inscriptions de la part des créanciers du vendeur;

» Est d'avis que cette transcription, utile encore aujourd'hui, soit pour purger l'immeuble des hypothèques inscrites *antérieurement* à la vente, soit pour le purger des hypothèques légales qui auraient existé aussi *antérieurement* à la vente, n'est plus nécessaire, depuis la promulgation du Code civil, pour annuler l'effet des Inscriptions postérieures.

» Les principes qui ont régi la matière jusqu'à la loi du 11 brumaire an 7, étaient que l'immeuble vendu n'était passible des hypothèques provenant du chef du vendeur, que jusqu'au jour où la tradition avait été faite par acte authentique, le vendeur ne pouvant plus grever le fonds qui n'était plus le sien.

» Ces principes ont subi un changement momentané par suite d'une disposition de la loi du 11 brumaire an 7, qui, jusqu'à la transcription, laissait le fonds vendu sujet aux Inscriptions des créanciers du vendeur, sans distinction même des créances antérieures ou postérieures à l'acte de vente.

» Mais cette loi n'existe plus, et le Code civil défend d'invoquer l'ancienne législation comme règle dans les matières qu'il traite.

» Que reste-t-il donc dans cette espèce? La disposition même du Code, qui dit bien *que les contrats translatifs de la propriété.... que les tiers détenteurs voudront purger des hypothèques, seront transcrits*, etc. Mais de quels *priviléges* et *hypothèques* cette disposition peut-elle s'entendre? De ceux pour lesquels il y avait *Inscription* prise au moment de la vente. C'est le sens naturel, et la loi n'a pu avoir en vue des charges futures, sans les imposer en termes formels : le silence de la loi sur ce point, suffisait donc pour établir qu'on n'a pas besoin de transcrire, pour se rédimer de l'effet des Inscriptions existantes au moment de la vente.

» Mais, d'ailleurs, le silence du Code s'explique et devient une solution positive, quand on considère en quelle circonstance il a eu lieu.

» En effet, l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 6 statuait que, même postérieurement à l'acte de vente, les créanciers du vendeur pourraient faire des Inscriptions utiles, si l'acte n'était transcrit : une disposition semblable existait dans le projet du Code civil, et elle était nécessaire pour le but qu'on se proposait; mais elle n'a pas été adoptée, car elle ne se trouve pas dans le Code.

» En vain recourt-on aux procès-verbaux du conseil d'état, et à quelques expressions générales employées par l'orateur du gouvernement, pour établir qu'on avait intention de conserver cette disposition; car si un tel examen peut quelquefois conduire à fixer le sens d'une disposition obscure, il ne peut jamais remplacer une disposition nécessaire.

» Inutilement aussi voudrait-on exciper de ce qu'en matière de donation, la transcription est nécessaire pour arrêter les cours des Inscriptions; car il y eut toujours plus de formalités imposées aux mutations à titre gratuit qu'aux mutations à titre onéreux, et la transcription ne fait aujourd'hui que remplacer l'insinuation à laquelle les donations étaient sujettes et non les ventes.

» Plus inutilement encore se prévaudrait-on de l'art. 2198 du Code civil qui exige la transcription de l'acte pour rédimer l'acquéreur de l'effet des Inscriptions qui auraient été omises dans le certificat du conservateur; car il ne s'agit plus alors d'Inscriptions nouvelles, mais d'anciennes Inscriptions dont la relation aurait été omise dans un certificat; et cette exception ne porte aucune atteinte au principe.

» Qu'y a-t-il donc à conclure de ce qui a été réglé, tant pour les donations qu'à l'égard des Inscriptions omises? Rien que de favorable à l'opinion exprimée au commencement de cet avis : car si, dans ces deux cas, la transcription est prescrite, il faut en conclure qu'elle n'est pas nécessaire en thèse générale, selon l'axiome, *qui de uno dicit, de altero negat.*

» Ainsi, il ne doit point rester de doute que, depuis le Code civil, la vente authenti-

que ne suffise pour arrêter le cours des Inscriptions, même par rapport aux créanciers antérieurs du vendeur, dont l'hypothèque non inscrite au temps de la vente est sans force à l'égard d'un tiers-acquéreur ».

Cet avis fut mis sous les yeux du chef du gouvernement, qui l'approuva sans difficulté, « comme l'attestent (dit M. Locré, *Esprit* » *du Code de procédure civile*, art. 834 et » 835, no. 1) le mot *approuvé* et sa signa» ture, qu'on lit encore en marge de l'expé» dition déposée aux archives du conseil » d'état ».

Mais il ne fut pas rendu public et voici pourquoi.

La régie de l'enregistrement dont il devait diminuer notablement les produits, obtint, par de nouvelles représentations, que l'insertion au bulletin des lois en fût suspendue, et que la question fût de nouveau examinée en présence du chef du gouvernement.

Elle fut en effet reproduite à la séance du conseil d'état du 11 mars 1806, au moment où l'on mettait la dernière main à la rédaction définitive du Code de procédure.

« Le conseil (dit encore M. Locré) fit de vains efforts pour maintenir son avis : il fallut céder. Mais comme il eût été trop pénible de rédiger un avis qui n'aurait pas été réellement le sien, quelqu'un proposa de glisser dans le Code de procédure quelques dispositions par lesquelles on consacrerait *ce changement fait au Code civil.*

» De là sont venus les art. 834 et 835.

» On imagine bien qu'ils n'ont pas été le sujet d'une longue discussion, ou plutôt qu'ils n'ont pas été du tout discutés ».

En voilà déjà assez pour prouver que l'art. 834 du Code de procédure n'est pas applicable aux aliénations qui en ont précédé la publication, et suivi celle du titre *des priviléges et hypothèques* du Code civil. Mais cela résulte plus clairement encore des discours prononcés à l'occasion de cet article, tant par l'orateur du gouvernement que par celui du tribunat.

« Un objet grave (a dit le premier) se présente ici à la discussion; c'a été la question de savoir si les créanciers, ayant un titre hypothécaire antérieur à la vente, mais non inscrit à cette époque, pouvaient, comme les créanciers inscrits ou ayant des hypothèques légales, requérir la mise aux enchères du fonds vendu par leur débiteur.

» Pour l'affirmative, on se prévalait surtout des expressions générales de l'art. 2182 du Code civil; on ajoutait que le créancier ne pouvait perdre son hypothèque et les droits en résultant, par le seul fait de son débiteur vendant à son insu, et que le créancier devait au moins être mis en demeure par un acte ayant une grande publicité, tel que la transcription du contrat de vente : d'où l'on concluait que le droit du créancier même non inscrit subsistait jusqu'à cette transcription, à laquelle, en la considérant comme un avertissement d'agir, il convenait même d'ajouter un délai quelconque.

» Pour la négative, on opposait principalement l'art. 2166 du Code civil, qui n'accorde le droit de suivre l'immeuble, en quelques mains qu'il passe, qu'aux créanciers ayant privilége ou *hypothèque inscrite*, on ajoutait que tout le système de la publicité reposait sur l'Inscription, sans laquelle il ne pouvait y avoir d'autres hypothèques valables que les *hypothèques légales*, affranchies de cette formalité. L'on niait que le tiers-acquéreur eût besoin de transcrire son acte pour mettre son acquisition à l'abri des hypothèques non inscrites; et l'on observait, à l'appui de cette opinion, que la formalité de la transcription, consacrée par la loi du 11 brumaire an 7 (art. 26), et reproduite dans le projet de Code civil, en avait été formellement retranchée : d'où l'on concluait que la volonté du législateur s'était prononcée contre la transcription, en ce sens qu'elle fût utile pour purger les hypothèques non inscrites, ou pour empêcher qu'il n'en fût rétabli de nouvelles.

» Il était difficile de ne point reconnaître cette dernière opinion comme *la plus conforme au Code civil;* mais il était aisé de sentir que la première avait un but juste et utile, et présentait une modification qu'il était bon d'accueillir.

» Dans cette conjoncture, *on a adopté, pour le passé et l'avenir, un parti qui respecte les droits de l'un et de l'autre temps.*

» Comme la disposition nouvelle n'atteindra *que les aliénations qui seront faites à l'avenir, les tiers-acquéreurs qui auront contracté sous l'empire de la loi qui nous régit en ce moment, n'en recevront aucun dommage.*

» A l'égard des créanciers, ils conserveront désormais la faculté de s'inscrire jusqu'à l'expiration de la quinzaine qui suivra la transcription de l'acte d'aliénation.

» Leur Inscription tardive leur assignera, parmi les créanciers, un rang inférieur; mais elle n'éteindra pas leurs droits sur le fonds aliéné, et envers le tiers-acquéreur ».

L'orateur du tribunat a reproduit les mêmes idées, mais avec plus de développemens.

« On voit (a-t-il dit) dans les discussions préparatoires du Code civil, que des opinions différentes s'élevèrent sur la publicité des hypothèques; qu'elles furent soutenues, de part et d'autre, par les hommes les plus profonds et les plus consommés; et qu'elles lutèrent long-temps, avec des avantages presqu'égaux avant qu'elles pussent se réunir.

» On ne peut dissimuler que la fusion ne fût pas parfaite, et que le titre des *Hypothèques* se ressent du froissement que sa rédaction a dû éprouver par le choc des principes divergens au milieu desquels elle a été formée.

» Le germe des discussions mal étouffé fermentait encore, et était prêt à se reproduire principalement sur les effets de l'aliénation d'un immeuble, par rapport aux hypothèques existantes, mais non inscrites, avant l'aliénation.

» Les uns pensaient que, jusqu'à la transcription du titre translatif de la propriété, le créancier était à temps de faire l'Inscription de son hypothèque et de jouir de tous les avantages attachés à cette formalité.

» Les autres soutenaient que l'aliénation paralysait l'hypothèque non-inscrite, et que le nouvel acquéreur était affranchi de toute responsabilité envers le créancier qui avait négligé de manifester son droit par l'Inscription.

» L'hypothèque, disaient les premiers, avec le texte du Code civil, est un droit réel sur les immeubles..... Elle les suit en quelques mains qu'ils passent.

» L'Inscription met les priviléges en mesure de produire leur effet : elle fixe le rang des hypothèques, mais *entre les créanciers seulement*. Ces termes limitatifs sont écrits en tête des deux art. 2106 et 2134, qui proclament ces principes.

» L'acquéreur n'est pas un créancier. Le vendeur lui transmet la propriété et ses droits sur la chose vendue; mais sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé.

» La transcription de la part de l'acquéreur était si bien jugée nécessaire, que l'art. 2180 l'a marquée comme le point de départ du terme requis pour opérer la prescription des hypothèques.

» Enfin, l'impression du discours prononcé à la tribune du corps législatif, atteste qu'un orateur avait dit, en propres termes : *que la transcription avait l'effet d'arrêter le cours des Inscriptions... et de réduire les hypothèques à celles antérieures à l'acte translatif de la propriété, et qui auraient été inscrites jusqu'à la transcription.*

» C'est ainsi que les partisans de la première opinion prétendaient établir que l'Inscription d'une hypothèque antérieure à l'aliénation de l'immeuble, peut avoir lieu et produire son effet contre l'acquéreur, jusqu'à la transcription du titre translatif de la propriété.

» Les sectateurs de l'opinion contraire puisaient leurs motifs dans les mêmes sources.

» Le but général de la publicité des hypothèques est (répondaient-ils) de mettre les tiers en mesure de traiter solidement avec le possesseur de l'immeuble grevé.

» Il faut que le tiers-acquéreur puisse ou payer avec confiance le prix de l'immeuble, lorsqu'il est exempt d'hypothèque, ou purger les hypothèques lorsqu'il en est grevé; il ne peut ni l'un ni l'autre, qu'autant que les hypothèques non-inscrites au moment où il fait son acquisition, sont regardées comme non-existantes pour celui qui le concerne. Aussi voit-on dans le texte des lois que l'existence des hypothèques se confond avec leur Inscription relativement aux tiers-détenteurs.

» S'agit-il du droit de suivre l'immeuble hypothéqué? L'art. 2166 ne l'accorde qu'aux créanciers ayant des hypothèques inscrites.

» Le tiers-détenteur refuse-t-il de purger sa propriété? L'art. 2167 le déclare obligé à toutes les dettes hypothécaires, mais *par l'effet seul des Inscriptions.*

» Veut-il dégager l'immeuble qu'il a acquis? La loi l'avertit que la simple transcription ne purge pas les hypothèques, et qu'il doit notifier son titre aux créanciers et aux domiciles par eux élus *dans leurs Inscriptions.*

» La voie de la surenchère sera ouverte à tout créancier, pourvu que son titre soit inscrit.

» En un mot, toutes les fois que la loi met en regard le droit des tiers-acquéreurs avec une hypothèque, c'est constamment avec une *hypothèque inscrite.* Elle ne sépare jamais ces deux expressions. L'hypothèque sans Inscription n'a qu'une existence inerte, inanimée; cette formalité seule lui donne la vie et la force relativement aux tiers-détenteurs.

» Au surplus, l'auteur lui-même du passage cité a déclaré qu'il n'était qu'une erreur échappée dans la rapidité de l'impression, et il l'a rétabli de cette manière : *La transcription n'est plus nécessaire pour la transmis-*

tion des droits du vendeur à l'acquéreur, respectivement à des tiers, ainsi que l'avait voulu l'art. 26 *de la loi du* 11 *brumaire de l'an* 7..... *Elle n'est plus nécessaire pour arrêter le cours des Inscriptions, qui auparavant pouvaient toujours être faites sur l'immeuble vendu, même après la vente.*

» Ainsi ce passage, rétabli dans toute sa pureté, se retourne contre ceux qui l'avaient invoqué.

» Voilà comment les meilleurs esprits se trouvaient divisés sur le sens d'une loi dont l'application est si fréquente.

» Nous dirons, comme l'orateur du gouvernement, *qu'il était difficile de ne pas reconnaître la seconde, comme la plus conforme au Code civil.* Mais de cela seul que la question avait paru problématique, vous regarderez la décision que vous offre le projet, comme un bienfait signalé. Oui, le projet la décide, cette question importante, non par des interprétations qui n'auraient peut-être servi qu'à l'obscurcir, mais par une disposition nouvelle qui modifie celle du Code civil sur le même point, qui tranchera clairement, pour l'avenir, le nœud de toutes les difficultés.

» L'article présenté dans cet objet, est ainsi conçu : *Les créanciers qui, ayant une hypothèque, aux termes des art.* 2123, 2127 *et* 2128 *du Code civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres, antérieurement aux aliénations qui seraient faites à l'avenir des immeubles hypothéqués, ne seront reçus à requérir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chapitre* 8 *du titre* 18 *du livre* 3 *du Code civil, qu'en justifiant de l'Inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte.*

» Les articles du Code civil cités dans cette disposition, désignent les hypothèques judiciaires et conventionnelles qui forment seules l'objet du changement. Les hypothèques légales conservent les règles qui leur sont propres et qui ne laissent aucune prise à ces difficultés.

» S'il pouvait être utile, sous un aspect, de mettre un acquéreur à portée de connaître, à l'instant du contrat, les charges dont l'immeuble acquis demeurerait passible, il l'était encore davantage de garantir un créancier légitime des surprises qu'on aurait pu faire à sa bonne foi par une aliénation, dont la promptitude frauduleuse ne lui aurait pas même laissé le temps de faire son Inscription.

» L'acquéreur saura qu'il ne lui suffit pas de connaître l'état des Inscriptions au moment où il contracte; que, pour obtenir une sécurité parfaite, il doit d'abord transcrire son titre, et qu'il demeurera encore responsable envers tous les créanciers dont le titre se trouvera antérieur à l'aliénation, et viendra à être inscrit dans les quinze jours qui suivront l'acte de transcription.

» Comme les hypothèques, les priviléges ne produisent leur effet qu'à l'aide de l'Inscription, le projet les soumet aux mêmes règles; mais il réserve aux priviléges du vendeur et des héritiers les autres droits qui leur sont attribués par les art. 2108 et 2109 du Code civil.

» Cette réserve était indiquée par la nature même des droits qui en font l'objet. Suivant l'art. 2108, la transcription du contrat, faite par l'acquéreur, vaut Inscription dans les intérêts du vendeur. Du moment que la transaction va devenir un préalable indispensable pour purger les hypothèques et les priviléges, celui du vendeur sera, comme il l'était, à l'abri de toute atteinte, puisqu'il continuera de trouver dans la transcription même de l'acquéreur sa garantie et sa conservation.

» L'art. 2109 accorde aux héritiers et aux co-partageans soixante jours pour faire leur Inscription sur les biens partagés ou licités, et conserver par ce moyen le privilége dont jouit la soulte ou le prix de la licitation. Il n'y avait nulle raison d'abréger ce délai. Ils continueront d'en jouir encore envers les autres créanciers, à l'effet de conserver sur eux la préférence que leur donne leur privilége dans la distribution des prix.

» Mais si la vente du fonds affecté à la soulte ou au prix de la licitation était faite et transcrite, même pendant le délai de soixante jours accordé au co-partageant, ce dernier ne conserverait la faculté de surenchérir envers le nouvel acquéreur, qu'en accélérant son Inscription, et en la plaçant au moins dans la quinzaine de la transcription de la vente.

» Tel est le sens et le vœu de l'art. 835 du projet qui embrasse tous les cas et toutes les créances sujettes à Inscription, et qui veut que, *faute par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, le nouveau propriétaire ne soit tenu que du paiement du prix.*

Ainsi, le projet a distingué, comme il le devait, la faculté de surenchérir qui est commune à tous les créanciers, soit privilégiés, soit simplement hypothécaires, d'avec le droit de préférence sur le prix qui est l'a-

panage des privilégiés. La faculté de surenchérir envers le nouveau propriétaire est soumise pour tous à une règle uniforme; et le droit de préférence est conservé aux privilégiés envers les autres créanciers, tel qu'il était auparavant.

» Vous avez remarqué que le projet ne s'applique qu'aux aliénations qui seront faites à l'avenir. Il ne prononce rien sur les aliénations déjà faites et sur les difficultés auxquelles elles pourront donner lieu. La loi devait éviter l'écueil dangereux de la rétroactivité marqué sur son frontispice; et laisser dans le domaine des tribunaux la solution des difficultés résultant des conventions formées sous l'empire du Code civil; si toutefois *le silence expressif* du projet ne ferme la bouche à tous ceux qui auraient été tentés de les élever ».

L'orateur du tribunat avait bien raison d'appeler *expressif* le silence que garde l'art. 834 du Code de procédure sur les aliénations précédemment faites sous le Code civil. A quel propos en effet cet article se restreindrait-il en termes aussi explicites aux *aliénations qui seront faites à l'avenir*, si les créanciers hypothécaires qui n'étaient pas encore inscrits lors des aliénations antérieurement faites sous le Code civil et non encore transcrites, étaient appelés à profiter de sa disposition considérée comme purement interprétative des art. 2166 et 2182 de ce Code?

C'est, dit-on, parceque cet article n'est introductif d'un droit nouveau qu'en tant qu'il permet aux créanciers porteurs de titres hypothécaires antérieurs à la vente, de s'inscrire même après la transcription et dans la quinzaine suivante.

Mais on ne fait pas attention que ce n'est pas seulement pour cet effet qu'il se restreint *aux aliénations qui seront faites à l'avenir*, et qu'il s'y restreint encore en tant qu'il permet à ces mêmes créanciers de s'inscrire *depuis l'acte translatif de propriété* non transcrit.

Il ne peut donc plus rester aucun doute sur la parfaite légalité de l'opinion adoptée par les arrêts cités des cours d'appel d'Angers, de Paris, de Turin et de Nîmes, des 3 juin 1808, 23 avril et 22 décembre 1809, 20 novembre 1810 et 11 décembre 1812, et par celui de la cour de cassation, du 13 décembre 1813.

Cependant la question a été encore agitée depuis devant la cour royale de Rouen, et elle a amené un nouvel arrêt qui l'a jugée en sens contraire par l'un de ses motifs, mais qui vraisemblablement aurait été cassé si un autre motif et les circonstances particulières de la cause n'en avaient déterminé le maintien. Je crois devoir en rapporter l'espèce avec tous ses détails, parcequ'on y trouvera, avec la solution des 3e. et 4e. questions annoncées au commencement de ce no., celle d'une autre non moins importante, et qui est relative aux hypothèques acquises sous le régime hypothécaire de l'édit de 1771.

Le 4 avril 1785, contrat de mariage entre le sieur Danières et la demoiselle Déguerchin.

Le 20 juin 1802, la demoiselle Deguerchin, divorcée d'avec le sieur Danières, et remariée au sieur Lemarchand, prend une Inscription hypothécaire sur tous les biens de son premier mari.

Le 14 mars 1805, le sieur Lebret achète du sieur Danières la ferme de Launay faisant partie de ces biens. Il se fait en conséquence délivrer, par le conservateur des hypothèques, un état des Inscriptions dont cette ferme est grevée, et parmi lesquelles figure celle de la dame Lemarchand; mais il ne fait point transcrire son contrat; il paie même à la dame Lemarchand un à-compte sur sa créance.

La dame Lemarchand laisse périmer son Inscription du 20 juin 1802; mais elle la renouvelle en 1814, et elle poursuit l'expropriation forcée de la ferme de Launay.

Opposition de la part du sieur Lebret, qui se fonde sur toutes les raisons et toutes les autorités employées pour mettre les tiers-acquéreurs dont les contrats non transcrits ont été passés sous le Code civil, mais avant la publication du Code de procédure, à l'abri de l'application de l'art. 834 de celui-ci, et notamment l'avis du conseil d'état du 11 fructidor an 13.

En conséquence, le 7 août 1819, jugement du tribunal de Pont-Audemer, qui, en déclarant la première Inscription de la dame Lemarchand périmée, et la seconde sans effet, parcequ'elle est postérieure à l'acquisition du sieur Lebret, annulle ses poursuites en expropriation forcée.

Mais sur l'appel, arrêt du 26 mai 1821, qui réforme ce jugement,

« Attendu, en fait, que le contrat de vente consenti par Carré-Danières à Lebret, est du 26 ventôse an 13 (17 janvier 1805), et conséquemment postérieur à la publication du Code civil;

» Que l'hypothèque de la dame Lemarchand remonte à l'année 1785 ; qu'ainsi, elle est antérieure à cette publication ;

» Que le titre de la dame Lemarchand est son contrat de mariage, et que l'arrêt du 28 mai 1818 qui détermine l'étendue de ses droits, n'est que liquidatif et déclaratif de ceux antérieurement existans ;

» Attendu, d'autre part, qu'à l'époque du 26 ventôse an 13 (celle du contrat de vente), existait l'Inscription hypothécaire prise le 7 messidor an 10 (26 juin 1802) par la dame Lemarchand ; que cette Inscription n'a été périmée qu'en 1812, lorsque le Code de procédure recevait depuis plus de cinq ans son exécution ;

» En droit, attendu que sous l'empire de l'édit de juin 1771, l'acquéreur devenait propriétaire incommutable, à l'instant même du contrat, mais sous la charge des hypothèques qui grevaient l'immeuble par lui acquis ;

» Que, de son côté, le créancier porteur d'un titre authentique, avait une hypothèque en vertu de ce titre ;

» Que l'acquéreur, pour purger son contrat, devait prendre des lettres de ratification, et que le créancier, pour conserver son hypothèque, devait former opposition au sceau desdites lettres ;

» Que l'hypothèque du créancier antérieure à l'an 7, a continué d'exister, sauf à prendre Inscription, sous l'empire de la loi du 11 brumaire, comme elle existait sous celui de l'édit de 1771, sauf à former opposition au sceau, les hypothèques anciennes étant complètes sans Inscription (arrêts de la cour de cassation des 11 novembre 1812 et 10 décembre 1813) ;

» Que les nouvelles lois ont remplacé les lettres de ratification par la transcription, et l'opposition au sceau par l'Inscription ;

» Qu'il existe, à la vérité, une différence notable entre la loi du 11 brumaire et le Code civil, en ce que, sous l'empire de la loi de brumaire, la propriété de l'immeuble vendu n'était transmise à l'acquéreur que par la transcription, tandis que, depuis le Code civil, l'acquéreur, sans transcription, devient propriétaire incommutable du jour du contrat ;

» Mais qu'on n'en peut induire que, par ce motif, le contrat seul, sans transcription, produise l'effet de purger les anciennes hypothèques non inscrites ;

» Que le Code civil ne dit plus, comme la loi de brumaire, que l'hypothèque n'existe qu'à la charge de l'Inscription, mais seulement dans son art. 2114, que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles ; dans son art. 2116, qu'elle est légale, judiciaire ou conventionnelle ; et dans son art. 2134, qu'entre créanciers, elle n'a rang que du jour de l'Inscription ;

» Que ce n'est donc qu'entre créanciers, et au respect des autres créanciers, que l'hypothèque doit être inscrite pour obtenir un rang utile ;

» Mais qu'entre le débiteur et le créancier, cette Inscription n'est nullement nécessaire, puisque, du moment où l'hypothèque a été valablement conférée, elle existe efficacement sur les biens de ce débiteur, indépendamment de toute Inscription ; *tellement que, sur ces biens, les créanciers hypothécaires non inscrits seraient préférés aux créanciers chirographaires* (1), et qu'ils pourraient les faire exproprier, soit sur le débiteur, soit sur l'héritier, s'ils étaient encore dans leurs mains ; qu'ainsi, d'après l'art. 2134, si l'Inscription est nécessaire pour déterminer le rang des créanciers, elle ne crée pas l'hypothèque, mais seulement qu'elle la conserve ;

» Qu'il ne faut pas confondre l'hypothèque avec l'exercice du droit d'hypothèque ;

» Que l'art. 834 du Code de procédure établit lui-même qu'une hypothèque existe sans Inscription, puisque cet article rappelle les art. 2123, 2127 et 2128 du Code civil, qui tous ne parlent, comme l'art. 2114, que d'hypothèques, soit judiciaires, soit conventionnelles, non inscrites ;

» Que, si le législateur, par cet art. 834, eût considéré l'hypothèque non inscrite avant la vente, comme n'existant pas, il n'eût pas autorisé à s'inscrire après la vente jusqu'à la transcription, et dans la quinzaine après la transcription, puisque c'eût été grever l'immeuble d'une charge nouvelle après cette vente, faire revivre le système proscrit de la loi du 11 brumaire sur la transcription, comme étant nécessaire pour la transmission de propriété, et autoriser les créanciers des vendeurs à se créer un droit d'hypothèque sur l'immeuble vendu, même après l'aliénation ;

» Que, même sous l'empire de la loi du 11 brumaire, les hypothèques non inscrites ne cessaient pas d'être des hypothèques, puisqu'un grand nombre d'arrêts ont décidé qu'une hypothèque ancienne, non inscrite avant le Code, n'était point éteinte tant que l'acquéreur, soit postérieur à l'an 7, n'avait ni pris

(1) Cette assertion est, dans toute l'énergie du terme, une véritable hérésie. *V.* ci-dessus, §. 2.

de lettres de ratification, ni purgé par la transcription;

» Qu'en vain on oppose l'art. 1583 du Code, lequel ne déclare la vente parfaite, et la propriété acquise de droit à l'acheteur, qu'à l'égard du vendeur; principe existant sous l'empire de l'édit de 1771, qui cependant exigeait l'obtention de lettres de ratification pour purger les hypothèques;

» Qu'il résulte seulement de l'art. 1583 que le vendeur ne peut plus, comme il le pouvait sous la loi de brumaire, vendre une seconde fois le même domaine, ou constituer de nouvelles hypothèques depuis la vente, quoique l'acquéreur n'ait point fait transcrire;

» Mais que, sans transcription, l'acquéreur ne peut pas se prétendre affranchi des hypothèques existantes à l'époque de la vente, puisque l'art. 2114 déclare, dans sa seconde partie, que l'hypothèque suit les immeubles vendus, dans quelques mains qu'ils passent, et que l'art. 2182 porte que *le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue, et qu'il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont il était chargé;*

» Qu'ainsi, le contrat de vente seul ne fait pas disparaître les priviléges et hypothèques existans, même sans Inscription, formalité dont il n'est point parlé dans cet article;

» Que la seule voie qui est tracée à l'acquéreur, qui veut s'affranchir de ces priviléges et hypothèques, lui est ouverte par l'art. 2182, qui le prévient que *les contrats translatifs de propriété d'immeubles, que les tiers-détenteurs voudront purger de priviléges et hypothèques, seront transcrits en entier par le conservateur;*

» Que, la preuve que, dans le système du Code civil, le tiers-acquéreur n'est libéré de l'hypothèque frappant sur son immeuble du chef de son vendeur, qu'autant que la transcription a eu lieu sans charge d'Inscription, est consignée dans l'art. 2198, d'après lequel cette libération se trouve effectuée, pourvu que l'acquéreur ait requis le certificat du conservateur, depuis la transcription de son titre;

» Que ce n'est donc qu'au cas de transcription, et à l'instant seulement de la transcription, que la non Inscription sur les registres hypothécaires, dégrève l'immeuble vendu des hypothèques non inscrites, d'où résulte la conséquence nécessaire que, jusqu'à la transcription, les hypothèques acquises avant la vente, peuvent être valablement inscrites;

» Qu'ainsi, les art. 2181 et 2198 se réunissent aux art. 2114, 2123, 2127 et 2128 du Code civil et à l'art. 834 du Code de procédure, pour établir que l'hypothèque existe sans Inscription à l'égard de l'acquéreur, puisque l'art. 2181 exige que celui qui veut consolider son acquisition, soit tenu de faire transcrire son contrat, et de requérir l'état des Inscriptions, et que l'art. 2198 déclare que ce n'est que le certificat délivré depuis la transcription qui produit l'effet de purger l'immeuble des hypothèques non inscrites dans ce certificat; qu'ainsi, tout certificat négatif du conservateur, délivré avant sa transcription, est insignifiant et incapable de purger un immeuble qui ne peut l'être que par la transcription;

» Qu'il serait étrange que le législateur, au 19 mars 1804, eût voulu priver le créancier hypothécaire de la faculté de conserver, jusqu'à la transcription, son hypothèque par l'Inscription, lorsque ce même législateur, deux ans seulement après, au 4 avril 1806, époque de la publication du Code de procédure, lui a donné par l'art. 834, la faculté d'inscrire même pendant la quinzaine de la transcription;

» Qu'à la vérité, cet art. 834 a introduit une innovation notable dans le système préexistant; mais sous le rapport seulement qu'il a accordé un délai de quinzaine après la transcription, tandis que, d'après le Code civil, la transcription rendait illusoire toute Inscription postérieure; et que c'est sous ce rapport que les orateurs du gouvernement, en soumettant l'art. 834 au corps législatif en 1806, annonçaient que cette disposition nouvelle n'atteindrait que les aliénations qui seraient faites à l'avenir;

» Mais qu'on ne peut en conclure que *les hypothèques anciennes* ont été purgées, sans transcription, en faveur des acquéreurs qui ont traité sous l'empire du Code civil, antérieurement à la promulgation du Code de procédure (1);

» Qu'il serait également étrange que, sous l'empire du Code civil, dans l'intervalle de

---

(1) Cette observation est parfaitement juste, et je le prouverai tout à l'heure; mais pourquoi ne pas s'en tenir là? Pourquoi à ce motif suffisant pour justifier l'arrêt, y ajouter celui que renferme l'alinéa suivant, et qui est en opposition diamétrale tant avec l'art. 2166 du Code civil, qu'avec l'art. 834 du Code de procédure?

la publication de ce Code à celle du Code de procédure, les créanciers ayant une hypothèque acquise avant la vente, eussent été privés du droit de se faire inscrire jusqu'à la transcription du contrat de vente, tandis que, jusqu'alors, et même suivant la loi du 11 brumaire, ces créanciers, même ceux dont le titre était postérieur à la vente, jouissaient de la faculté de s'inscrire jusqu'à la transcription; et tandis que, depuis la publication du Code de procédure, les créanciers ayant hypothèque acquise avant la vente, ont cette faculté, non-seulement jusqu'à la transcription, mais encore dans la quinzaine de la transcription;

» Qu'admettre le système des premiers juges, ce serait, dans l'intervalle des deux Codes, admettre un régime contraire au principe adopté antérieurement, et au principe maintenant en vigueur;

» Attendu que la publication du Code civil n'a pas produit l'effet de valoir transcription à l'acquéreur qui avait traité soit avant, soit sous le régime de la loi du 11 brumaire, et de purger, sans formalités, les anciennes hypothèques constituées avant ou pendant cette loi, quoique non inscrites, ce qu'ont décidé plusieurs arrêts de la cour de cassation, notamment ceux des 19 novembre 1817, 9 février 1818 et 4 janvier 1820;

» Que si la promulgation du Code civil n'a pas purgé, sans le secours de la transcription, l'hypothèque ancienne dont était grevé un immeuble vendu avant cette promulgation, on concevrait difficilement qu'une hypothèque ancienne pût être purgée sans le secours de la transcription, parceque la vente serait postérieure à la publication du Code, puisque, d'après l'art. 1583, la vente n'est parfaite qu'à l'égard du vendeur; que, suivant l'art. 2181, les contrats de vente que les acquéreurs voudront purger, doivent être transcrits par le conservateur, et que, par l'art. 2198, ils sont assujétis à requérir le certificat du conservateur, postérieurement à la transcription de leurs titres;

» Qu'ainsi, la distinction qu'on voudrait établir entre les acquéreurs antérieurs et les acquéreurs postérieurs au Code, serait inconciliable, soit avec la loi de l'an 7, soit avec le Code de procédure civile;

» Avec la loi de l'an 7, d'après laquelle l'acquéreur ne devenait véritablement propriétaire que par la transcription;

» Avec le Code civil, qui ne présente que le remède de la transcription et des notifications à faire par l'acquéreur (d'ailleurs propriétaire incommutable du jour de la vente), pour purger l'immeuble par lui acquis, des priviléges et hypothèques dont il est grevé;

» Avec le Code de procédure, qui déclare valables les hypothèques judiciaires et conventionnelles, quoique non inscrites, et qui accorde un délai de quinzaine après la transcription, pour prendre inscription;

» Attendu qu'un avis du conseil d'état, non inséré au bulletin des lois, ne peut être considéré comme une autorité légale, et déroger aux dispositions précises du Code civil (1);

» Attendu enfin, que Lebret a traité en connaissance de cause, puisqu'en se faisant délivrer le certificat des Inscriptions au nombre desquelles était la créance de la dame Lemarchand, il a été instruit des droits qu'elle avait à prétendre, droits qui n'en existaient pas moins à cette époque, quoique son Inscription ait été postérieurement périmée, mais qu'elle a depuis recouvrés par ses nouvelles Inscriptions les 29 septembre 1814, 2 juillet 1818 et 17 juillet 1819, avant aucune transcription effectuée de la part de Lebret (2) ».

Le sieur Lebret se pourvoit en cassation, mais par arrêt de la section des requêtes, du 18 mars 1822, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une hypothèque créée en 1785, antérieurement aux nouveaux systèmes hypothécaires, et qu'aux termes de l'art. 47 de la loi de brumaire an 7, le créancier pouvait toujours prendre Inscription sur l'immeuble hypothéqué, tant que le possesseur n'avait pas fait transcrire son titre;

» Attendu qu'il est vrai que le demandeur a acquis l'immeuble dont il s'agit, sous l'empire du Code civil, et avant la promulgation du Code de procédure;

» Mais attendu que l'arrêt dénoncé a constaté, en point de fait, que le demandeur avait traité en pleine connaissance des droits de la dame de Guerchin; qu'à l'époque de l'acquisition, il existait une Inscription régulière et valable prise par la dame de Guerchin

---

(1) L'avis du conseil d'état du 11 fructidor an 13 n'est sans doute pas obligatoire pour les tribunaux; mais il a du moins la même autorité que les procès-verbaux de la discussion du Code civil, il doit par conséquent être considéré comme le commentaire le plus sûr de l'art. 2166 de ce Code auquel d'ailleurs il est bien loin de déroger et qu'il ne fait qu'appliquer littéralement.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, partie 2, page 285.

depuis environ trois ans, dont il s'était même fait délivrer un certificat;

» Attendu que *cette circonstance a suffi pour imposer au demandeur la charge de la transcription de son titre*, seul moyen de purger l'ancienne hypothèque dont il est question, et qu'il était encore dans cette position, lorsque l'art. 834 du Code de procédure a été promulgué;

» Attendu que *le demandeur a avoué dans sa requête qu'il avait même été déjà fait un paiement à la dame de Guerchin;*

» Attendu que la dame de Guerchin n'a pas dirigé ses poursuites contre le demandeur en vertu de l'ancienne Inscription que l'on soutient avoir été périmée, mais bien en vertu de nouvelles Inscriptions prises en 1814, 1818 et 1819;

» Considérant que ce motif suffit pour justifier l'arrêt dénoncé, sans qu'il soit besoin d'apprécier les autres motifs;

» La cour rejette le pourvoi.... »

Que cet arrêt ait bien jugé en rejetant le recours en cassation du sieur Lebret, cela n'est pas douteux. Mais la manière dont il est motivé, appelle quelques observations importantes.

Il se fonde sur trois circonstances particulières de la cause : la première, qu'il s'agissait d'une hypothèque dont la création remontait à l'ancien régime hypothécaire; la seconde, que le sieur Lebret avait acquis *en pleine connaissance des droits* de la dame Lemarchand et de l'Inscription qui existait alors pour les conserver; la troisième, que postérieurement à son acquisition, et avant que l'Inscription de la dame Lemarchand fût périmée, il avait fait à celle-ci un paiement à compte de sa créance.

Et il finit par considérer que CE MOTIF suffit pour justifier l'arrêt dénoncé.

Que veut-il dire par là? Entend-il dire que les trois circonstances qu'il vient de rappeler, ne composent ensemble qu'un seul motif, que leur concours est nécessaire pour la justification de l'arrêt attaqué, et qu'à défaut de l'une des trois, il faudrait entrer, sur les autres motifs de cet arrêt, dans un examen qui pourrait entraîner l'admission du recours en cassation du sieur Lebret?

Il paraît bien difficile de l'entendre ainsi, puisqu'après son premier *attendu* qui ne porte que sur l'antériorité de la création de l'hypothèque de la dame Lemarchand au nouveau régime hypothécaire, il ajoute que la seule circonstance que le sieur Lebret a acquis en pleine connaissance de l'Inscription qui existait alors pour la conservation de cette hypothèque, a SUFFI *pour lui imposer la charge de la transcription de son titre, seul moyen de purger l'ancienne hypothèque dont il est question.*

Il est donc bien plus naturel et plus conforme à l'ensemble de l'arrêt, de l'interpréter comme disant que, prise séparément, chacune des trois circonstances qu'il relève, suffit pour mettre l'arrêt dénoncé à l'abri de la cassation.

Mais, ainsi entendue, cette assertion est-elle exacte par rapport aux trois circonstances?

Elle l'est certainement par rapport à la première. D'abord, en effet, il ne faut pas confondre l'hypothèque qui, sous l'ancien régime, résultait d'un contrat notarié, avec l'hypothèque qui, soit sous la loi du 11 brumaire an 7, soit sous le Code civil, avant qu'il fût modifié par l'art. 834 du Code de procédure, était consentie par un acte de la même espèce.

Celle-ci, comme l'a très-bien démontré M. Tarrible, dans le §. 2 ci-dessus, ne produisait, sur l'immeuble qui en était l'objet spécial, qu'un commencement de droit réel qui ne pouvait se compléter que par l'Inscription, et qui s'évanouissait sous la loi du 11 brumaire an 7, du moment que, sans Inscription préalable, cet immeuble était devenu la propriété d'un tiers-aquéreur par la transcription de son contrat, et sous le Code civil (non encore modifié par le Code de procédure), du moment que, par son contrat seul, transcrit ou non, un tiers-acquéreur était devenu propriétaire de cet immeuble.

Celle-là, au contraire, conférait pleinement le droit réel à l'instant même où elle était consentie, soit expressément, soit tacitement par l'acte notarié; et l'on sent bien qu'une fois ce droit réel pleinement acquis, les dispositions postérieures de la loi du 11 brumaire an 7 et le Code civil ont bien pu, sans rétroactivité, le subordonner à la formalité de l'Inscription considérée comme condition *résolutoire*, mais qu'elles n'auraient pas pu, sans rétroagir sur le passé, le subordonner à cette formalité considérée comme condition *suspensive* (1).

Aussi n'est-ce qu'en considérant la formalité de l'Inscription comme condition résolutoire de la conservation des anciennes hypothèques contre le tiers-détenteur, que la loi du 11 brumaire an 7 les y a assujéties; et en

(1) *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 8, no. 11.

lès y assujétissant, elle n'a fixé, à l'égard du tiers-détenteur qui n'aurait pas fait transcrire son contrat, aucun délai (celui de la prescription de l'action hypothécaire excepté) dans lequel il fût nécessaire de les inscrire à peine de déchéance.

Le Code civil a-t-il, en ce qui concerne les anciennes hypothèques, changé quelque chose à cette législation? Nullement.

D'une part, il ne s'est pas occupé des anciennes hypothèques: il les a par conséquent laissées sous l'empire exclusif des règles desquelles la loi du 11 brumaire an 7 en avait fait dépendre la conservation; et c'est ce qui résulte clairement des arrêts de la cour de cassation, des 11 novembre 1812 et 10 novembre 1813, rapportés au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 17.

D'un autre côté, par cela seul qu'il n'a ni ôté ni pu ôter à l'ancienne hypothèque non encore inscrite, son caractère de droit véritablement réel, il fallait bien que, même sous son empire, le tiers-détenteur ne pût acquérir l'immeuble qui en était grevé, qu'à la charge de ce droit, et au risque d'en encourir tous les effets, si elle venait à être inscrite avant qu'il eût fait revêtir son contrat de la formalité de la transcription.

Il importait donc peu, dans l'espèce dont il s'agit, que l'Inscription de la dame Le Marchand, qui existait à l'époque de l'acquisition du sieur Lebret, eût été périmée depuis: quoique périmée, le droit réel d'hypothèque qu'elle avait signalé, n'en subsistait pas moins; et par conséquent elle pouvait toujours être remplacée par une nouvelle Inscription, tant que le contrat du sieur Lebret n'était pas transcrit.

Mais la seconde des trois circonstances sur lesquelles se fonde l'arrêt de la cour de cassation pour maintenir celui de la cour royale de Rouen, indépendamment des motifs hasardés (ce n'est pas trop dire) qui le déparent, est-elle aussi décisive que la première? En d'autres termes, de ce que le sieur Lebret avait acquis *en pleine connaissance des droits* de la dame Le Marchand et de l'Inscription qui existait alors pour les conserver, s'ensuivait-il que, quand même, en thèse générale, le seul fait que son acquisition avait eu lieu sous le Code civil, eût suffi pour l'affranchir des anciennes hypothèques non encore inscrites à cette époque, il aurait cependant été obligé de transcrire son contrat pour prévenir l'effet du renouvellement qui eût pu être fait de l'Inscription de la dame Le Marchand, après qu'elle eût été périmée?

Il paraît évident que non. Si le sieur Lebret, supposé affranchi, par le seul fait de son acquisition sous le Code civil, des anciennes hypothèques non inscrites à cette époque, avait su, au moment de son acquisition, que l'immeuble qui en était l'objet, était grevé d'une Inscription conservatoire de l'ancienne hypothèque de la dame Le Marchand, il avait su en même temps que cette Inscription ne pouvait avoir d'effet contre lui, en sa qualité de tiers-acquéreur, qu'autant qu'elle eût été renouvelée dans les dix ans. Il avait donc dû compter, toujours dans la supposition qu'en acquérant sous le Code civil, il se fût de plein droit affranchi des anciennes hypothèques non inscrites au moment de son acquisition, que l'ancienne hypothèque de la dame Le Marchand perdrait tout son effet contre lui par le défaut de renouvellement de l'Inscription en temps utile. Mais, dès lors, comment la connaissance qu'il avait eue, en acquérant, de l'Inscription de la dame Le Marchand, aurait-elle pu l'obliger, dans cette même supposition, à faire transcrire son contrat? Il était bien indifférent qu'il ignorât ou qu'il connût cette Inscription. Connue ou ignorée de lui, elle était toujours sujette à péremption; et venant, dans un cas comme dans l'autre, à être périmée, elle devait toujours être censée n'avoir jamais existé.

Il paraît en être tout autrement de la troisième circonstance remarquée par l'arrêt de la cour de cassation, c'est-à-dire, du paiement que le sieur Lebret avait, postérieurement à son acquisition, fait à la dame Le Marchand d'un à-compte sur sa créance, avant que la première Inscription de celle-ci fût périmée. Il est, en effet, bien difficile de ne pas voir dans ce paiement partiel, une dispense accordée à la dame Le Marchand de renouveler son Inscription. Cette Inscription avait équipollé, de la part de la dame Le Marchand, à une demande en paiement de sa créance contre tout tiers à qui le sieur Danières, son débiteur, pourrait dans la suite vendre la ferme de Launay; or, qu'avait fait le sieur Lebret en payant un à-compte à la dame Le Marchand postérieurement à son Inscription? Il avait évidemment acquiescé à cette demande; il avait par conséquent reconnu la créance de la dame Le Marchand, il en avait fait sa propre dette; et par conséquent encore il s'était imposé, envers la dame Le Marchand, une obligation personnelle dont l'effet ne pouvait plus, en ce qui le concernait, être neutralisé par le défaut de renouvellement de l'Inscription en temps utile.

III. La saisie immobilière du bien hypothé-

qué, la dénonciation qui en est faite au saisi et la transcription de l'une et de l'autre tant au greffe qu'au bureau des hypothèques, font-elles cesser, à l'égard des créanciers inscrits, l'obligation de renouveler leurs Inscriptions dans les dix ans? La font-elles cesser, notamment à l'égard du saisissant qui se trouve inscrit à l'époque de ces actes?

Non, et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce.

Les sieurs Deschamps et consorts, créanciers hypothécaires de la veuve et des héritiers Monfils, et inscrits, comme tels, à la date du 18 frimaire an 11, sur une maison indivise entre eux et un particulier nommé également Monfils, étranger à la dette, font saisir sur eux, le 24 août 1811, leur part dans cette maison.

Informés, avant la dénonciation des placards aux créanciers inscrits, que le co-propriétaire de leurs débiteurs poursuit contre eux en justice la licitation de cette maison, ils interviennent dans l'instance pour adhérer à sa demande.

Le 19 décembre de la même année, jugement qui reçoit leur intervention; et ordonne que la maison sera licitée.

Ce jugement reçoit son exécution; et le 4 avril 1813, la maison est adjugée, sur licitation, au dernier enchérisseur.

En conséquence, l'ordre est ouvert pour la distribution du prix; et là, une question de priorité s'élève entre les sieurs Deschamps et consorts, inscrits en première ligne, mais dont l'Inscription, prise en 1802, n'avait pas été renouvelée dans les dix ans, et le sieur Beuzeville, inscrit après eux, mais dont l'Inscription est encore entière.

Jugement qui colloque les sieurs Deschamps et consorts à la date de leur Inscription.

Le sieur Beuzeville appelle de ce jugement, et soutient que d'après l'art. 2154 du Code civil, l'Inscription des sieurs Deschamps et consorts se trouvait périmée, non-seulement à l'époque de l'ouverture de l'ordre, mais même à celle du jugement d'adjudication.

Par arrêt du 23 avril 1818, la cour royale de Paris confirme ce jugement, « attendu que » la saisie immobilière faite par Deschamps » et consorts, en vertu de leur Inscription, » de l'immeuble à eux hypothéqué, sa dé» nonciation aux parties saisies, dûment en» registrée au greffe, et la transcription » desdites saisies et enregistrement sur le » livre du conservateur des hypothèques, » avaient constamment plus d'effet, et rem» plissaient beaucoup mieux les vues du lé» gislateur, qu'un simple renouvellement, » et le rendaient complétement inutile ».

Mais sur le recours en cassation du sieur Beuzeville, arrêt du 31 janvier 1821, qui casse celui de la cour royale de Paris,

« Vu l'art. 2154 du Code civil....;

» Attendu, 1°. que la disposition de cet article est absolue, et tient essentiellement à l'ordre public; qu'il en résulte que, jusqu'à ce que les Inscriptions aient produit leur effet, elles devront être renouvelées dans le délai prescrit; faute de quoi, les parties qui contracteraient sous la foi de la péremption, ne pouvant et ne devant consulter que le registre des Inscriptions et des renouvellemens, pour connaître celles existantes, pourraient être induites en erreur, et devenir victimes de leur confiance;

» Attendu, 2°. que la saisie immobilière, la dénonciation qui en est faite au saisi, ni la transcription et l'enregistrement de ces actes au greffe et au bureau des hypothèques, ne donnent aux Inscriptions ni une publicité ni un effet capables de remplir le but du renouvellement;

» Attendu enfin qu'en décidant le contraire, et en jugeant, sous ce prétexte, que l'Inscription de Deschamps et consorts n'est pas périmée, faute d'avoir été renouvelée dans les dix ans de sa date, l'arrêt viole l'art. 2154 ci-dessus cité (1) ».

IV. Mais que serait-ce si la saisie immobilière avait été suivie, non-seulement d'un exploit de notification au saisi et de la transcription de cet exploit, mais encore de la dénonciation des placards aux créanciers inscrits? Dans ce cas, l'Inscription se périmerait-elle comme dans le précédent, faute de renouvellement avant l'ouverture de l'ordre?

On trouvera ci-après, §. 9, un arrêt de la cour de cessation, du 5 avril 1808, qui décide que, sous la loi du 11 brumaire an 7, la simple apposition des placards dispensait les créanciers qui, à cette époque, étaient utilement inscrits, du renouvellement de leurs Inscriptions; et qui fonde cette décision sur ce que « les dispositions des art. 23 et 31 de » cette loi, ainsi que des dispositions des » art. 4 et 31 de la loi du même jour con» cernant l'expropriation forcée, il résulte : » 1°. que le renouvellement d'une Inscription » hypothécaire ne devient nécessaire que

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 23, page 32.

» dans le cas où cette Inscription n'aurait » pas produit son effet légal avant l'expira- » tion du délai de dix années; mais si, avant » l'expiration de ce délai, le créancier en a » fait usage pour établir son concours ou sa » priorité d'hypothèque à l'égard des autres » créanciers du débiteur commun, dès lors » le renouvellement de l'Inscription ne peut » être nécessaire ni même utile, puisque, » dans ce cas, l'Inscription elle-même n'a plus » d'objet; 2°. que, dans le cas d'une vente » par expropriation forcée, l'Inscription hy- » pothécaire produit son effet dès le jour où » l'adjudication de l'immeuble est annoncée » et publiée par les affiches imprimées, puis- » que ces affiches doivent contenir *l'état des* » *Inscriptions existantes sur l'immeuble au* » *jour du commandement;* puisqu'ensuite c'est » conformément à ces affiches et d'après le » certificat du conservateur des hypothèques » énonçant *toutes les Inscriptions existantes* » *sur les biens aliénés* à cette même époque, » que s'établit l'ordre entre les créanciers, » que se fait la distribution du prix des im- » meubles adjugés ».

Mais cet arrêt ne peut plus être pris pour règle sur le Code civil : d'abord, parceque la poursuite de la vente par expropriation forcée ne commence plus, comme sous la loi du 11 brumaire an 7, par l'apposition des affiches; ensuite, parceque les affiches qui sont apposées à une autre époque de la procédure, ne contiennent plus *l'état des Inscriptions existantes sur l'immeuble au jour du commandement;* enfin, parceque le Code de procédure civile ne dispense plus les créanciers inscrits, comme le faisait l'art. 32 de la seconde loi du 11 brumaire an 7, de produire leurs Inscriptions à l'ordre pour s'y faire colloquer.

Mais du moins la dispense du renouvellement des Inscriptions qui, sous la loi du 11 brumaire an 7, résultait de la simple apposition des affiches, ne résulte-t-elle pas aujourd'hui de la notification qui est faite des placards aux créanciers inscrits, et surtout de l'enregistrement de cette notification au bureau des hypothèques?

Cette question s'est présentée deux fois devant la cour d'appel de Bruxelles : la première, dans une espèce où il s'agissait de l'Inscription du saisissant lui-même; la seconde, dans une espèce où c'était un autre créancier qui, utilement inscrit à l'époque de la notification et de l'enregistrement des placards, avait laissé périmer son Inscription avant l'ouverture de l'ordre, et même avant le jugement d'adjudication.

Dans la première espèce, un arrêt du 20 février 1811 a décidé, en confirmant un jugement de première instance, que le saisissant n'avait pas besoin de renouveler son Inscription,

« Attendu (a-t-il dit) que l'Inscription dont il s'agit, a été requise le 30 janvier 1799, et qu'ainsi le délai de dix ans depuis sa date, n'expirait que le 30 janvier 1809;

» Que cette Inscription n'a plus dû être renouvelée, si, avant l'expiration du délai, elle avait produit son effet par rapport au créancier qui l'avait requise vis-à-vis des autres créanciers alors aussi inscrits, par le résultat des poursuites faites par le premier en expropriation forcée de l'immeuble sur lequel frappaient leurs Inscriptions;

» Qu'il a été admis en principe par la cour de cassation, dans son arrêt du 5 avril 1808, que, dans le cas de vente par expropriation forcée sous le régime de la loi du 11 brumaire an 7, l'Inscription produisait cet effet dès le jour où l'adjudication de l'immeuble était annoncée et publiée par les affiches imprimées;

» Qu'en comparant les deux législations, il en résulte que ce principe doit également être admis en cas de vente par expropriation forcée sous le régime du Code de procédure, au moins du jour auquel, aux termes de l'art. 696 dudit Code, a été fait, au bureau de la conservation des hypothèques, en marge de la saisie immobilière, de l'enregistrement de la notification faite aux créanciers inscrits du placard imprimé prescrit par les art. 684 et 695, puisque, d'une part, les dispositions des art. 23 et 31 de la première loi du 11 brumaire an 7, et celle des art. 4 et 31 de la deuxième loi de la même date, sur la combinaison desquelles la cour de cassation a établi le résultat dudit principe, se trouvent, les unes littéralement, et les autres par équipollence, refondues dans les dispositions des art. 2154 et 2185 du Code civil et dans celles des art. 677, 682, 684, 695, 696 et 752 du du Code de procédure civile; et que, d'autre part, ledit art. 696 du Code de procédure statue que, du jour de l'enregistrement en marge de la saisie, de la notification faite aux créanciers inscrits, la saisie ne pourra plus être rayée que du consentement des créanciers inscrits, auxquels cette notification de la saisie a été faite, d'où résulte, à plus forte raison, que l'effet de cette saisie ainsi consolidée maintient tous les droits des créanciers inscrits à cette époque tels qu'ils étaient alors, jusqu'à l'adjudication de l'immeuble et la distribution du prix d'icelui, cette adjudication

et distribution n'étant que l'effet de la cause produite par cette saisie immobilière;

» Que les appelans, dans l'espèce, sont du nombre des créanciers inscrits auxquels ladite notification a été faite; qu'en fait, la transcription de la saisie immobilière de la maison du prix de laquelle il s'agit, a été faite au bureau des hypothèques par les frères Dehagre, créanciers inscrits et poursuivans, le 3 septembre 1808, et l'enregistrement en marge d'icelle de la notification faite aux créanciers inscrits le 28 octobre suivant, et aussi avant l'expiration du délai de dix ans de l'Inscription du 30 janvier 1799; qu'aussi l'adjudication préparatoire de la maison a encore été prononcée avant l'expiration dudit délai, savoir, le 7 décembre 1808, et que l'adjudication définitive fixée et annoncée au 25 janvier suivant, et ainsi avant ladite expiration, n'a été retardée après cette époque que par l'effet d'un incident élevé par un des opposans même ».

Dans la seconde espèce, les premiers juges avaient décidé, conformément à l'arrêt rendu dans la première, que l'Inscription de la dame Demarez n'avait pas été périmée dans l'intervalle de la notification des placards au jugement d'adjudication et à l'ouverture de l'ordre, et avaient en conséquence colloqué les héritiers de cette dame avant le sieur Mathieu, saisissant, primitivement inscrit après elle et dont l'Inscription était encore dans toute sa vigueur. Mais par arrêt du 26 juin 1813, la cour d'appel de Bruxelles, revenant sur sa première décision, à infirmé ce jugement, et a ordonné que le sieur Mathieu serait colloqué avant les héritiers de la dame Demarez,

« Attendu que, d'après les principes élémentaires, le droit réel d'hypothèque n'a produit son effet que par la vente de l'hypothèque qui en est la cause finale; d'où il résulte qu'aussi long-temps que cette vente n'a pas été effectuée, l'existence du droit susénoncé est asservie aux conditions y imposées par la loi;

» Attendu que l'art. 2154 du Code civil statue en termes exprès que *les Inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années à compter du jour de leur date; que leur effet cesse si ces Inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai;* qu'il suit de là que, lorsqu'une Inscription hypothécaire n'a pas été renouvelée dans le terme de dix ans à partir du jour de son origine, le droit réel d'hypothèque acquis en vertu de cette Inscription devient inefficace à l'égard des tiers;

» Attendu que la saisie de l'hypothèque qui, en réalité, n'est autre chose qu'une formalité qui doit précéder la vente à en faire par la justice, ne peut mettre les droits des créanciers inscrits sous sa main qu'avec la nature qu'ils avaient à cette époque; d'où il suit qu'ils restent subordonnés au renouvellement des Inscriptions dont ils émanent, qui est impérieusement exigé, sans aucune exception, par l'article précité du Code civil, afin que ces Inscriptions conservent toute leur force; ce qui devient évident, si l'on réfléchit que c'est seulement par la vente de la chose hypothéquée que le débiteur hypothécaire est dessaisi de la propriété de cette chose, par la raison saillante que, faisant lors usage d'un droit qui est de l'essence du droit réel né de la constitution de l'hypothèque, le créancier hypothécaire, ou plutôt la justice, en son nom et dans son intérêt personnel, transmet la pleine propriété de l'objet hypothéqué dans le chef de l'acheteur;

» Attendu que la maxime qui dicte qu'un droit déduit en jugement est soustrait à l'empire de la prescription, n'est pas applicable à l'espèce; puisque la notification de la saisie qui ne caractérise pas l'exercice de l'action hypothécaire, et ne constitue qu'une simple formalité, ne renferme pas un contrat judiciaire entre les créanciers inscrits, relativement à leur rang respectif en ordre d'hypothèque, lequel contrat existe seulement dans l'ordre qui s'ouvre après l'adjudication définitive de l'hypothèque, afin d'en distribuer le prix entre les créanciers inscrits;

» Attendu qu'il est sensible que l'enregistrement de la saisie au bureau de la conservation, encore qu'il renferme un tableau des créanciers inscrits, ne peut pas suppléer au défaut du renouvellement des Inscriptions, parcequ'il est de principe que les formalités substancielles des actes doivent être remplies *in formâ specificâ;*

» Attendu que la notification sus-mentionnée n'emporte pas évidemment une reconnaissance du rang ni du droit réel d'hypothèque de chacun des créanciers à qui elle est faite, d'autant qu'elle ne présuppose nécessairement que l'existence d'inscriptions matérielles, dont le mérite, la force et l'effet seront discutés dans le jugement d'ordre;

» Attendu qu'il est constant en point de fait que l'auteur des intimés a pris Inscription sur l'immeuble dont il est question de distribuer le prix, le 18 décembre 1800; qu'en conséquence, la dixième année du jour où elle a été prise a expiré le 17 décembre 1810; que ladite Inscription n'a pas été renouvelée

avant l'expiration de ce délai; que l'appelant a pris Inscription sur le même immeuble le 11 août 1807, et que cette Inscription n'est attaquée d'aucun chef;

» Attendu qu'il resulte invinciblement de tout ce qui précède que ledit appelant doit primer les intimés dont l'Inscription a perdu son effet dès le 17 décembre 1810 (1) ».

La question s'est représentée depuis devant la cour royale de Rouen; et par arrêt du 29 mars 1817, elle a rejeté l'opinion adoptée par la cour d'appel de Bruxelles en 1813, et embrassé celle qui y avait prévalu en 1811,

« Attendu que la saisie immobilière, après sa dénonciation au saisi, et du jour de la notification des placards aux créanciers inscrits, fixe l'état des Inscriptions lors existantes, et par conséquent conserve entre elles le rang qui leur appartient également, sans qu'il soit besoin de les renouveler pendant la durée de l'instance en expropriation et de ses suites, jusqu'à la délivrance des bordereaux de collocation;

» Que ce point de doctrine a sa source dans l'accomplissement de l'objet de l'Inscription hypothécaire à l'égard des tiers, lequel s'opère par le résultat des formalités de l'art. 692 du Code de procédure, qui, à compter du jour de la dénonciation au saisi, lui interdit toute faculté d'aliéner, et de l'art. 695, dont l'effet est de constater les créanciers inscrits, et de rendre communs tous les actes de l'expropriation (2) ».

Cette diversité d'arrêts faisait assez pressentir que la question amènerait de nouveaux débats, et finirait par être portée devant la cour de cassation. C'est ce qui est effectivement arrivé.

En 1815, une maison située à Chaillot et sur laquelle le trésor public avait une hypothèque inscrite à la date du 14 juillet 1806, est saisie à la requête du sieur Neukirken.

Le 12 décembre de la même année, les placards indicatifs de la première publication, sont dénoncés aux créanciers inscrits.

Le 5 février 1818, la maison est adjugée définitivement.

Immédiatement après, l'ordre s'ouvre; et l'agent du trésor public y demande sa collocation à la date du 14 juillet 1806.

Les autres créanciers inscrits contestent cette prétention et soutiennent que l'Inscription du trésor public n'ayant pas été renouvelée avant le 14 juillet 1816, se trouve par cela seul périmée.

L'agent du trésor public répond que son Inscription n'a pas pu être périmée, parce qu'avant l'expiration des dix ans, la maison grevée a été frappée d'une saisie immobilière, et que cette saisie a été dénoncée aux créanciers inscrits.

Le 16 février 1820, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui ne colloque le trésor public qu'après tous les créanciers inscrits,

« Attendu que l'accomplissement des formalités relatives à l'Inscription des priviléges et hypothèques, est rigoureusement prescrit, et qu'on ne peut en être dispensé que dans les cas spécialement prévus par la loi; que la plus importante de ces formalités est celle du renouvellement dans les dix ans, conformément à l'art. 2154 du Code civil; que l'omission de ce renouvellement entraîne la perte du rang hypothécaire, et qu'aucune disposition de la loi ne dispense expressément ni implicitement le créancier inscrit de cette obligation, lorsque l'immeuble qui lui est affecté, vient à être frappé de saisie;

» Attendu d'ailleurs qu'il résulte de la combinaison des dispositions du Code civil et du Code de procédure, que le renouvellement ne devient inutile que lorsque l'Inscription a produit tous ses effets; que ces effets ne sont produits que lorsqu'il ne peut plus y avoir d'incertitude sur les créanciers appelés à concourir à la distribution du prix de l'immeuble saisi; que l'incertitude à cet égard dure jusqu'au moment où les créanciers du débiteur ne sont plus admis à requérir l'Inscription; que la saisie immobilière et sa dénonciation aux créanciers inscrits ne détruisent pas le droit de propriété du débiteur saisi, mais apportent seulement des modifications au libre exercice de ce droit; que, loin de transmettre le droit de propriété aux créanciers inscrits, elles ne produisent pas même l'effet de limiter aux seuls créanciers alors inscrits, la distribution du prix de l'immeuble; qu'elles ne font cesser pour aucun autre créancier de la partie saisie, ayant droit de s'inscrire, la faculté de requérir l'Inscription, faculté qu'il est permis d'exercer même dans la quinzaine de la transcription, conformément à l'art. 834 du Code de procédure civile; qu'ainsi, les créanciers auxquels la saisie est dénoncée, ne sont pas certains lors de la dénonciation de la saisie, de n'avoir pas dans l'ordre, de nou-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1815, supplément, page 19.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 17, partie 2, page 239.

veaux concurrens, ayant droit et intérêt de contester la régularité de leurs Inscriptions ».

L'agent du trésor public appelle de ce jugement; et voici comment il raisonne pour établir que la dénonciation des placards aux créanciers inscrits fixe irrévocablement l'état des Inscriptions prises à cette époque, et leur conserve à chacune le rang qui leur appartient, sans qu'il soit nécessaire de les renouveler pendant l'instance en expropriation :

Les créanciers inscrits deviennent parties dans la poursuite de la saisie immobilière, par la dénonciation qui leur est faite des placards; ils ont, dès ce moment, un droit acquis, reconnu, qu'ils ne peuvent plus perdre, comme on ne peut plus en acquérir de nouveaux à leur préjudice. C'est la conséquence nécessaire de l'art. 696 du Code de procédure, lequel veut que la saisie, à compter du jour où la notification des placards aux créanciers inscrits a été enregistrée en marge de la saisie même, ne puisse plus être rayée que du consentement de tous ces créanciers, ou en vertu de jugemens rendus contre eux.

A quoi servirait, dès lors, le renouvellement des Inscriptions, même à l'égard des tiers qui auraient acheté depuis la dénonciation de la saisie? Il serait évidemment inutile, puisqu'aux termes de l'art. 692 du Code de procédure, le saisi ne peut plus vendre les immeubles, à peine de nullité; et que, si l'art. 693 en excepte le cas où l'acquéreur qui a acheté nonobstant cette prohibition, *consigne une somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais*, les créances inscrites, cette exception n'est pas établie en faveur de l'acquéreur même, mais uniquement pour subvenir à la partie saisie, et dans la vue de lui épargner les frais de poursuites ultérieures. L'acquéreur qui a traité avec le saisi malgré la prohibition de l'art. 692, n'est donc pas un *tiers* dans le sens de la loi : il ne fait, avec le saisi, qu'une seule et même personne; et la vente, dans ce cas, ne peut, ni changer la position des créanciers inscrits, ni porter atteinte à leurs droits respectifs. Ainsi s'écarte l'argument tiré de l'art. 693, et à plus forte raison celui que le jugement attaqué fait résulter de l'art. 834, qui, placé sous le titre *des surenchères sur l'aliénation volontaire*, est évidemment inapplicable au cas de la vente forcée.

Inutile d'objecter que le saisi peut au moins hypothéquer jusqu'à l'adjudication définitive; qu'il faut en conséquence que les tiers puissent connaître les Inscriptions qui frappent utilement sur l'immeuble, et qu'ils ne doivent pas considérer comme telles celles qui sont périmées de droit.

Dès que les Inscriptions existantes au moment de la saisie réelle, ont produit leur effet du jour de la dénonciation des placards aux créanciers inscrits, il est évident qu'aucune de ces Inscriptions n'a pu, depuis ce jour, encourir la péremption; et que, dès lors, il n'y en a aucune que les tiers aient pu considérer comme périmée. D'un autre côté, les tiers ne peuvent, dans ce cas, être victimes, ni de l'erreur, ni de la déception; car ils trouvent dans la publicité de la saisie, dans la dénonciation qui en a été faite au débiteur, dans l'enregistrement de cette dénonciation en marge de la saisie même, et dans la notification des placards aux créanciers inscrits, tous les renseignemens qu'ils peuvent désirer. Que faut-il de plus pour établir que, du jour où cette notification a été légalement constatée, le renouvellement de l'Inscription devient sans objet et cesse par conséquent d'être obligatoire?

Mais par arrêt du 19 août 1820, la cour royale de Paris met l'appellation au néant,

« Attendu que la disposition de l'art. 2154 du Code civil est absolue; que les Inscriptions ne conservent les hypothèques et les priviléges que pendant dix ans, et que leur effet cesse, si elles ne sont pas renouvelées avant l'expiration de ce délai; que, dans aucun cas, ni par aucune autre disposition, le Code ne dispense de renouveler les Inscriptions, et ne permet d'en prolonger l'effet au-delà du terme fatal de dix années; et que c'est en quoi il diffère de la disposition de la loi du 11 brumaire an 7, sur la durée des Inscriptions;

» Attendu que le droit réel d'hypothèque ne produit son effet que par la vente volontaire ou forcée de l'immeuble qui en est grevé; et qu'aussi long-temps que cette vente n'est pas réalisée, l'existence du droit hypothécaire est nécessairement subordonnée à l'accomplissement des obligations imposées à cet égard par la loi; que la saisie immobilière et la dénonciation qui en est faite au débiteur, ne détruisent pas le droit de propriété de ce débiteur, mais apportent seulement des modifications au libre exercice de son droit; qu'il conserve toujours la faculté d'emprunter, d'hypothéquer, même d'aliéner valablement l'immeuble saisi, si, avant l'adjudication l'acquéreur consigne, aux termes de l'art. 693 du Code de procédure civile, somme suffisante pour désintéresser les créanciers inscrits;

» Attendu que le principal et même le seul objet que s'est proposé le législateur, en pres-

crivant, par les art. 695 et 696 du même Code, la notification des placards aux créanciers inscrits, et l'enregistrement de cette notification en marge de la saisie au bureau de la conservation, a été de mettre chacun de ces créanciers en état de surveiller, dans son propre intérêt, la poursuite, d'en empêcher la radiation à son préjudice, et de s'y faire subroger dans les cas qui autorisent cette subrogation; que c'est évidemment faire violence à la loi, que de supposer à la simple formalité de la notification des placards, la vertu d'identifier les créanciers inscrits et surveillans, avec le poursuivant dans l'exercice du droit hypothécaire; de créer une espèce de contrat judiciaire qui les lie réciproquement, et de fixer l'état des Inscriptions d'une manière invariable et sans la nécessité du renouvellement, non-seulement entre les créanciers alors inscrits, mais encore vis-à-vis des tiers qui pourraient, postérieurement à la notification des placards, soit acquérir hypothèque, soit requérir Inscription sur l'immeuble saisi immobilièrement;

» Attendu que, si l'on admettait un pareil système, les tiers-créanciers ou prêteurs étrangers à la poursuite de saisie réelle, ne pouvant ni ne devant consulter pour leur sûreté, que l'état des Inscriptions existantes, et se fiant avec la loi sur la péremption de toute Inscription non renouvelée avant l'expiration des dix années, se trouveraient victimes d'une erreur ou d'une déception dont ils n'auraient pu se garantir; que d'ailleurs on ne saurait avec raison ni sans danger, assigner une époque quelconque de la poursuite de saisie immobilière, comme devant être le terme fixe de l'effet des Inscriptions, puisque la saisie elle-même n'a qu'une existence précaire et dépendante des événemens, qu'elle peut être annulée, convertie en vente volontaire, ou même être tout-à-fait abandonnée;

» Attendu que c'est uniquement à l'ordre et sur l'extrait délivré au poursuivant ordre de toutes les Inscriptions existantes au moment de l'adjudication, comme le veut l'art. 752 du Code de procédure civile, que les Inscriptions produisent leur effet légal et définitif par l'examen et la discussion que chaque Inscription y subit, de même que c'est avec le consentement de tous les créanciers inscrits et en connaissance de cause, que le droit de chacun à la distribution et son rang dans cette distribution sont alors irrévocablement réglés et fixés par la justice ».

L'agent du trésor public se pourvoit en cassation contre cet arrêt qu'il dénonce comme violant, par une fausse application de l'art. 2154 du Code civil, les art. 695 et 696 du Code de procédure.

Sur quoi, dit-il, est fondée la péremption de toute Inscription qui n'a pas été renouvelée dans les dix ans? elle ne peut l'être que sur la présomption de renonciation du créancier à son droit. Elle ne peut donc pas avoir lieu, lorsqu'avant l'expiration des dix ans, le créancier a commencé les poursuites qui ne sont que l'exercice de son droit hypothécaire; car il serait absurde qu'une prescription quelconque pût courir pendant que s'exerce le droit qui en est l'objet.

Dès-là, il est évident que, si avant l'échéance des dix ans, le créancier inscrit saisit l'immeuble affecté à son hypothèque, la péremption cesse de courir contre lui. Elle cesse donc nécessairement de courir contre les autres créanciers inscrits, du moment que, conformément à l'art. 696, il leur a notifié les placards, et que la notification en a été enregistrée au bureau des hypothèques, puisque, dès ce moment, elle devient commune à tous les créanciers, et que chacun d'eux exerce ses droits par l'intermédiaire du saisissant.

Sans doute ces principes, tout incontestables qu'ils sont, ne doivent être appliqués qu'avec discernement; sans doute on doit les combiner avec ceux de notre système hypothécaire, et de manière que le défaut de renouvellement ne soit pas préjudiciable à des tiers.

Mais d'abord le défaut de renouvellement peut-il jamais préjudicier aux créanciers inscrits à qui la saisie a été dénoncée? Peut-il jamais les induire en erreur? Non certainement, puisqu'il est impossible, soit qu'ils ignorent la saisie, soit qu'ils imaginent que l'un d'eux renonce au droit qu'elle leur assure à tous en commun, et y renonce au moment même où il l'exerce collectivement avec eux.

Quant aux tiers qui ne sont pas créanciers inscrits, comment pourraient ils être trompés par le défaut de renouvellement? La saisie, les placards, la notification et l'enregistrement au bureau des hypothèques, ont, à leur égard, autant de publicité que pourrait en avoir le renouvellement de l'Inscription, et les avertissent que le créancier inscrit, loin d'avoir renoncé à son droit hypothécaire, l'exerce actuellement.

Ces moyens étaient spécieux; mais ils reposaient sur une supposition évidemment fausse.

Ce n'est pas parceque le créancier inscrit est présumé, après dix ans, renoncer à son droit hypothécaire, que la loi veut qu'après dix ans, son Inscription soit périmée, si elle n'a été renouvelée avant l'expiration de ce terme. La loi ne dispose ainsi que pour dégager la recherche des Inscriptions existantes, des difficultés dont elle se trouverait hérissée après un long intervalle de temps; et ce n'est pas par présomption de la renonciation du créancier inscrit à son droit, c'est uniquement par forme de peine qu'elle neutralise son Inscription à défaut de renouvellement dans les dix années. Comment, dès lors, le créancier peut il échapper à cette peine? Il ne le peut que par l'accomplissement de la formalité à l'omission de laquelle cette peine est attachée. Il n'y échappe donc pas par la manifestation qu'il fait avant l'expiration des dix années, d'une volonté exclusive de la présomption de renonciation à son droit; il n'y échappe donc pas même en saisissant lui-même dans les dix années, comme l'a jugé l'arrêt de la cour de cassation, rapporté au n°. précédent, l'immeuble affecté à sa créance; il n'y échappe donc pas à plus forte raison par la saisie qu'un autre créancier fait de cet immeuble, et par la notification que ce créancier lui fait des placards apposés par suite de cette saisie. En un mot, on peut bien remplir les formalités prescrites par la loi, en termes qui répondent, par une équipollence parfaite et identique, à ceux qu'elle indique pour leur accomplissement; mais on ne peut jamais remplacer par d'autres formalités, celles que la loi prescrit à peine de déchéance.

« Aussi la section des requêtes a-t-elle rejeté le recours en cassation de l'agent du trésor public, par un arrêt du 9 août 1821,

» Attendu que l'art. 2154 du Code civil statue que l'effet des Inscriptions hypothécaires cesse, si elles n'ont pas été renouvelées dans les dix ans; que cette loi tient à l'intérêt général et à l'économie du système hypothécaire français sur la publicité des hypothèques, laquelle ne peut résulter que du registre du conservateur et des Inscriptions y insérées; qu'aussi l'on ne trouve dans les nouveaux Codes aucune exception en vertu de laquelle les créanciers inscrits soient dispensés de l'obligation du renouvellement, lorsque le délai expire après la saisie immobilière dénoncée au saisi, son enregistrement au bureau du conservateur et la notification des placards aux créanciers sus-énoncés; d'où la conséquence que tout créancier soumis par la loi à l'obligation d'inscrire, qui se présente à l'ordre avec une Inscription non renouvelée dans le délai légal, ne peut s'étayer de cette Inscription comme d'un titre valable et efficace;

» Et attendu que l'on ne peut pas soutenir raisonnablement que les actes de procédure dont on vient de faire mention, et surtout la notification des placards faite aux créanciers inscrits avant l'expiration des dix années, opère une espèce de contrat judiciaire entre eux, à la faveur duquel la prescription ait été interrompue et le renouvellement soit devenu inutile; car on ne peut voir autre chose, dans de pareils actes, que des formalités préliminaires à la vente des biens, et il est évident que ni l'enregistrement de la saisie au bureau du conservateur, ni la notification des placards n'emportent une reconnaissance du droit réel d'hypothèque et du rang de chacun des créanciers à qui la notification est faite;

» Attendu que la discussion et la véritable litis-contestation sur ces points ne commencent que lors de l'ouverture de l'ordre, époque à laquelle chacun des créanciers doit présenter des titres réguliers ».

V. Quelle est donc l'époque à laquelle l'Inscription produit son effet de manière à n'avoir plus besoin de renouvellement?

L'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 26 juin 1813, rapporté au n°. précédent, semble faire entendre qu'elle produit cet effet, et que par conséquent elle cesse d'être assujétie au renouvellement, à l'instant même de la vente par expropriation forcée.

Mais l'arrêt de la cour de cassation, du 19 août 1821, qui termine le même n°., décide nettement que l'obligation de la renouveler ne cesse qu'après que l'ordre est ouvert, et au moment où le créancier qui l'a prise, produit ses titres.

Ce moment est, en effet, celui où le créancier inscrit doit véritablement faire usage de son Inscription. Eh! comment pourrait-il alors en faire usage, si elle n'existait plus dans toute sa vigueur? Que lui servirait-il alors de la produire, si, dans l'intervalle de l'adjudication à l'ouverture de l'ordre, elle avait atteint son terme fatal, et que, par là, elle fut considérée comme non avenue?

VI. Par-là se résoud d'elle-même la question de savoir si, dans le cas d'une aliénation volontaire, la notification que l'acquéreur fait de son contrat aux créanciers inscrits, à l'effet de purger leurs hypothèques, conformément à l'art. 2183 du Code civil, dispense du renouvellement les Inscriptions qui

lors touchent à la fin de la dixième année de leur date, et empêche qu'elles ne se périment avant l'ouverture de l'ordre pour la distribution du prix de l'immeuble?

Comment pourrait-elle produire un pareil effet? L'obligation que l'acquéreur volontaire contracte, envers les créanciers inscrits, de les payer jusqu'à concurrence du prix de son acquisition, l'acquéreur par expropriation forcée la contracte également envers eux par son adjudication; or, on vient de voir que la vente par expropriation forcée n'empêche pas la péremption des Inscriptions qui, en pleine vigueur au moment où cette vente se consomme, atteignent leur terme fatal avant l'ouverture de l'ordre; la notification faite par l'acquéreur volontaire en exécution de l'art. 2183 du Code civil, ne peut donc pas non plus l'empêcher.

Le contraire a cependant été jugé par deux arrêts, l'un de la cour royale de Paris, l'autre de la cour royale de Colmar; mais par quels motifs?

Voici l'espèce du premier.

Le sieur Demay avait pris, le 26 messidor an 11 (15 juillet 1803), une Inscription sur un immeuble appartenant au sieur Durand, son débiteur.

Cet immeuble ayant été vendu, et l'acquéreur ayant fait notifier son contrat aux créanciers le 16 juin 1809, un ordre a été ouvert le 27 août 1813.

L'Inscription du sieur Demay avait alors plus de dix ans de date, et il ne l'avait pas renouvelée. Cependant il s'est présenté à l'ordre, et a demandé la collocation de sa créance à la date du 15 juillet 1803.

Sa prétention a été contestée par deux créanciers, le sieur Delaloge et la dame Henry, sur le fondement que son Inscription était périmée.

Il a répondu que son Inscription avait obtenu tout son effet par la notification qui lui avait été faite du contrat d'acquisition avant l'échéance des dix années; que cette notification l'avait constitué opposant au paiement du prix; et que, dès lors, il n'avait plus été obligé de renouveler son Inscription.

Le 23 novembre 1814, jugement du tribunal de première instance d'Avalon qui rejette de l'ordre le sieur Demay, « attendu » que, lors de la production et même lors » de l'ouverture de l'ordre, il s'était écoulé » plus de dix ans depuis la date de son Ins» cription; que rien ne prouve qu'il eût fait » ultérieurement aucune diligence pour en » obtenir l'effet; au moyen de quoi elle a » perdu sa vertu et ne peut plus autoriser » la demande en collocation de la créance » pour la conservation de laquelle elle a été » prise ».

Le sieur Demay appelle de ce jugement; et par arrêt du 29 août 1815, il est colloqué à la date du 15 juillet 1803, « attendu que les » ventes dont il s'agit, ont été opérées dans » les dix années de la date de l'Inscription » de Demay, et que les notifications pour » purger ont eu lieu dans le même laps de » temps (1) ».

Cet arrêt ne motive, comme l'on voit, sa décision que sur la sèche affirmative de la question sur laquelle il prononce; et c'est assez dire qu'il laisse intact le raisonnement qui nous paraît justifier l'opinion contraire d'une manière sans réplique.

Dans la seconde espèce, Jacques Hirtz avait pris, les 4 et 9 août 1804, deux Inscriptions sur une pièce de terre appartenant aux époux Gsell. En 1809, cette pièce de terre est vendue au sieur Lossaint, qui fait notifier son contrat d'acquisition le 19 août 1811, aux créanciers inscrits et notamment à Jacques Hirtz.

Jacques Hirtz laisse passer les 4 et 9 août 1814 sans renouveler ses Inscriptions; et par cette raison il n'est colloqué dans l'ordre ouvert, en 1819, que comme créancier chirographaire.

Dans la suite, s'élève entre des tiers, la question de savoir s'il n'aurait pas dû, dans l'intérêt de l'un deux, y être colloqué à la date de ses Inscriptions considérées comme encore subsistantes.

Et par arrêt du 16 juin 1821, la cour royale de Colmar décide qu'en effet il aurait dû l'être, « attendu que l'acquéreur ayant » notifié son contrat avant la péremption de » ses Inscriptions survenue seulement les 4 » et 9 août 1814, le renouvellement n'était » plus nécessaire, l'hypothèque ayant pro» duit son effet et les droits du créancier se » trouvant mobilisés; que c'est donc à tort » que, dans le jugement d'ordre du 12 juin » 1819, il a été qualifié et payé comme chi» rographaire (2) ».

Ces motifs valent-ils mieux que celui de l'arrêt précédent? Il est aisé de sentir que non.

D'abord, comment peut-on dire que, par la notification du contrat de l'acquéreur vo-

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1816, supplément, page 38.

(2) *Ibid.*, année 1822, supplément, page 52.

lontaire aux créanciers inscrits, l'hypothèque de chacun de ceux-ci *produit son effet*, et qu'en conséquence chacun d'eux est dispensé de renouveler son Inscription? C'est comme si l'on prétendait que les hypothèques des créanciers inscrits produisent leur effet par l'obligation que contracte envers eux l'adjudicataire sur expropriation forcée de leur payer le prix de son adjudication, et que, dès lors, l'obligation de renouveler leurs Inscriptions cesse absolument. Il est pourtant bien sensible que, dans l'un comme dans l'autre cas, l'effet des hypothèques n'est que *commencé*, et qu'il ne se consomme que par la production des titres, et par conséquent des Inscriptions, dans l'ordre.

Ensuite, que signifie cette assertion, que *les droits des créanciers inscrits* se trouvent *mobilisés* par la notification du contrat de l'acquéreur volontaire? Ils sont sans doute mobilisés par cette notification, comme ils le sont par l'adjudication sur expropriation forcée, en ce sens que la portion qui revient à chacun d'eux dans le prix, doit être distribuée par contribution entre ses propres créanciers opposans en sous-ordre; mais entre lui et les autres créanciers inscrits, le prix dû, soit par l'acquéreur volontaire qui a notifié son contrat, soit par l'adjudicataire sur expropriation forcée, n'en reste pas moins immobilisé jusqu'à la clôture de l'ordre, et susceptible, comme tel, d'être distribué par rang d'hypothèque.

Il n'y a donc aucune raison, aucun prétexte, pour attribuer à la notification du contrat de l'acquéreur volontaire, l'effet de faire cesser, à l'égard des créanciers inscrits, l'obligation de renouveler leurs Inscriptions dans les dix années de leur date.

Aussi verra-t-on ci-après, n°. 13, que, pour déclarer efficaces, dans un ordre ouvert à la fin de l'année 1816, deux Inscriptions des 7 et 12 février 1806, qui avaient été renouvelées le 5 septembre 1815, mais dont le renouvellement était critiqué dans la forme, un arrêt de la cour royale de Besançon, du 30 janvier 1818, s'étant fondé sur deux motifs, dont l'un était qu'à ces deux époques, *elles avaient produit leur effet, puisque les acquéreurs avaient notifié leurs contrats au créancier*, la cour de cassation ne l'a pas maintenu par ce motif, mais uniquement parceque les deux Inscriptions avaient été valablement renouvelées.

VII. Le jugement qu'obtient le créancier inscrit contre un tiers-détenteur, et qui déclare l'immeuble possédé par celui-ci affecté à son hypothèque, mais qui, avant de statuer sur sa demande en délaissement, ordonne qu'il sera tenu de discuter les acquéreurs précédens des autres biens du débiteur, le dispense-t-il de renouveler son Inscription dans les dix ans, et fait-il obstacle, en cas de non-renouvellement, à ce que le tiers-détenteur purge l'hypothèque, en faisant transcrire son contrat d'acquisition?

Nous avons déjà dit, n°. 5, que la formalité du renouvellement de l'Inscription dans les dix années de sa date, ne peut être suppléée par aucun acte avant la production de l'Inscription elle-même dans l'ordre; et cela seul tranche la question, qui a été effectivement jugée en ce sens dans l'espèce que voici:

Le 27 germinal an 7, le sieur Meyer prend Inscription, en vertu d'une ancienne hypothèque générale, sur tous les biens immeubles de la succession bénéficiaire du sieur Tschun, précédemment vendus à différens particuliers, mais non encore purgés.

En prairial an 11, il assigne le sieur Schaub, dernier des acquéreurs, devant le tribunal civil de Colmar, pour voir déclarer l'immeuble dont il est détenteur, affecté à sa créance, et se voir en conséquence condamner à délaisser cet immeuble, si mieux il n'aime payer le montant de la dette.

Le 15 pluviôse an 13, jugement qui déclare l'immeuble détenu par le sieur Schaub, hypothéqué à la créance du sieur Meyer, mais, avant faire droit sur la demande en délaissement, ordonne la discussion des biens vendus antérieurement au 27 nivôse an 3, date de l'acquisition faite par le sieur Schaub de cet immeuble.

Cette disposition amène en 1809, après de longues procédures, la vente des biens qui en sont l'objet, et dans l'ordre desquels le sieur Meyer n'est colloqué utilement que pour une partie de sa créance.

Il revient en conséquence, pour le restant, contre le sieur Schaub, et reprend l'instance en délaissement de l'immeuble détenu par celui-ci.

Dans ces circonstances, le sieur Schaub, instruit que le sieur Meyer n'a pas renouvelé son Inscription du 25 germinal an 7 dans les dix ans, fait transcrire, le 8 juillet 1811, son contrat d'acquisition du 27 nivôse an 3; et armé de cette transcription, il conclud à ce que le sieur Meyer soit déclaré non-recevable, parcequ'au moment où elle a été faite, il n'existait plus d'Inscription de sa part.

Jugement du tribunal de Colmar, qui rejette cette exception, sur le fondement que l'Inscription du sieur Meyer avait produit son effet par le jugement du 25 pluviôse an 13, et que, dès lors, il est devenu inutile de la renouveler dans les dix ans.

Mais sur l'appel des héritiers du sieur Schaub, arrêt de la cour de Colmar, du 23 avril 1813, qui infirme ce jugement, et accueille la fin de non-recevoir,

« Attendu que Meyer a pris Inscription sur Tschun au bureau des hypothèques de Colmar, le 25 germinal an 7, correspondant au 14 avril 1799; et qu'ainsi, pour conserver son hypothèque, il eût dû, conformément à la disposition précise de la loi, renouveler son Inscription hypothécaire avant le 14 avril 1809; que le sieur Meyer n'ayant pas opéré ce renouvellement, et ses adversaires qui sont des tiers ayant fait transcrire leur contrat d'acquisition le 18 juillet 1811, les immeubles par eux acquis se sont trouvés purgés, par cette opération, de l'hypothèque du sieur Meyer, puisqu'à cette époque, il n'existait pas d'Inscription à son profit;

» Qu'à la vérité, le sieur Meyer a obtenu, le 25 pluviôse an 13, et ainsi avant l'échéance des délais de son Inscription, un jugement qui a déclaré le bien en question affecté à son hypothèque; qu'il en a inféré, avec les premiers juges, que, par là, l'Inscription par lui prise, avait obtenu son effet légal, et qu'ainsi il n'avait plus été dans le cas de la renouveler; mais que l'erreur est évidente, puisque ce jugement n'a eu d'autre objet que d'interrompre la prescription vis-à-vis les appelans (les héritiers Schaub), tiers-détenteurs, pour tout le temps que l'intimé (le sieur Meyer) conserverait son hypothèque; que ce jugement n'a pu, dès lors, le dispenser de conserver son hypothèque; qu'enfin ce jugement ne saurait avoir plus d'effet que l'Inscription non renouvelée, et que, dès lors, il est périmé comme elle ».

Le sieur Meyer se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Il faut bien remarquer, dit-il, qu'il ne s'agit pas ici d'un droit de préférence réclamé sur des tiers auxquels le même immeuble aurait été hypothéqué; car sans doute l'hypothèque serait sans effet, nonobstant le jugement du 25 pluviôse an 13, dès que l'Inscription qui devait la conserver, n'aurait pas été renouvelée dans le délai de la loi; mais bien d'une action hypothécaire qui est acquise, ou plutôt conservée, contre un tiers-détenteur, par un jugement de déclaration d'hypothèque. Or, la durée de cette action dépend-elle de celle de l'Inscription? La négative résulte clairement de l'art. 2180 du Code civil. Aux termes de cet article, ce n'est point le défaut de renouvellement de l'Inscription qui opère l'extinction de l'hypothèque en faveur du tiers-détenteur; c'est la prescription, la seule prescription de l'hypothèque. Vainement donc l'Inscription vient-elle à être périmée, l'action hypothécaire n'en subsiste pas moins tant qu'elle n'est pas prescrite. Seulement le créancier ne peut plus la faire valoir contre les tiers qui se sont inscrits intermédiairement.

Inutile d'objecter, avec la cour de Colmar, que, lorsque l'Inscription est périmée, elle est censée ne pas exister; et que, sans Inscription, l'hypothèque est purgée par la transcription du contrat du tiers-détenteur. En raisonnant ainsi, la cour de Colmar a oublié que le sieur Meyer n'était pas dans la position d'un créancier, qui n'a de droit, qui n'est connu que par son Inscription. Nul doute que, si le sieur Meyer n'avait pas obtenu un jugement de déclaration d'hypothèque, son Inscription étant périmée et Schaub faisant transcrire son contrat, l'hypothèque du premier serait purgée, à moins qu'une nouvelle Inscription n'eût été prise dans la quinzaine de la transcription. Mais le sieur Meyer se trouvait dans une position bien différente. Le jugement qu'il avait obtenu, ayant appris à Schaub les droits qu'il avait sur l'immeuble vendu, son hypothèque ne pouvait plus être purgée comme une hypothèque inconnue; tant que Schaub ne se décidait pas à payer le montant de la créance ou à délaisser l'immeuble, cette hypothèque ne pouvait s'éteindre que par la prescription.

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes qui admet le recours en cassation du sieur Meyer.

Mais l'affaire portée à la section civile, ce recours est rejeté par un arrêt contradictoire, du 27 juin 1817, au rapport de M. Gandon,

« Attendu 1°. que la transcription des contrats d'acquêts produit l'effet de purger les hypothèques ordinaires qui ne sont pas inscrites, ou que l'on ne fait pas inscrire dans la quinzaine de la transcription;

» 2°. que les inscriptions ne conservent l'hypothèque que pendant dix années à compter de leur date, et que leur effet cesse si elles ne sont renouvelées avant l'expiration de ce délai;

» 3°. Que l'Inscription du demandeur ayant été faite le 14 avril 1799, aurait dû être renouvelée avant le 14 avril 1809, et qu'elle ne l'a point été;

» 4°. Qu'on ne peut dire que cette Inscription avait produit son effet légal, par cela seul qu'un jugement du 25 pluviôse an 13 avait déclaré la maison dont il s'agit, affectée et hypothéquée à la créance du demandeur. Ce jugement avait bien l'effet d'interrompre la prescription de l'hypothèque, mais il n'ajoutait d'ailleurs aucun nouveau droit à celui que le demandeur avait déjà sur ladite maison; il ne faisait donc pas produire à l'Inscription son effet légal; il ne pouvait donc dispenser le demandeur de renouveler cette Inscription, s'il voulait conserver son hypothèque contre le tiers-acquéreur qui avait toujours dans la loi un moyen capable de la purger, si elle cessait d'être inscrite....;

» D'où il résulte que la cour de Colmar s'est conformée aux lois de la matière, en jugeant que la transcription du contrat de vente faite par Schaub, le 18 juillet 1811, à une époque où il n'existait aucune Inscription de la part du demandeur, avait purgé la maison dont il s'agit de l'hypothèque qui avait appartenu à ce dernier ».

VIII. La faillite d'un débiteur ou l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, font-elles cesser, à l'égard de ses créanciers inscrits, l'obligation de renouveler leurs Inscriptions dans les dix ans?

Deux arrêts de la cour de cassation, des 5 avril 1808 et 5 décembre 1809, rendus, comme on le verra au §. suivant, le premier par la section civile, le second par les sections réunies, et tous deux sur mes conclusions, ont jugé, 1°. que ni l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, ni l'art. 2146 du Code civil, ni l'art. 444 du Code de commerce n'empêchent d'inscrire, soit après la faillite du débiteur, soit après l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, les hypothèques qui avaient été acquises avant la mise en activité du régime hypothécaire actuel; 2°. que les créanciers inscrits à ces époques, doivent primer ceux qui, à ces mêmes époques, n'ont pas fait inscrire les hypothèques qu'ils avaient également acquises sous l'ancien régime hypothécaire; et les principes qui ont dicté ces deux arrêts, entraînent nécessairement, comme je l'ai établi dans les conclusions citées, la conséquence que l'obligation de renouveler les Inscriptions dans les dix ans, ne cesse, ni par la faillite du débiteur, ni par l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire.

Aussi, dans l'espèce rapportée au n°. précédent, le sieur Meyer a-t-il eu beau se prévaloir de ce que, dans l'intervalle du 25 germinal an 7, jour où il s'était inscrit, au terme où avaient expiré les dix années suivantes, son débiteur était décédé et que sa succession avait été acceptée sous bénéfice d'inventaire; et soutenir que, par là, il avait été dispensé de renouveler son Inscription. La cour de Colmar n'en a pas moins déclaré son Inscription périmée, « attendu que la loi n'a eu en vue de » priver de son effet que l'Inscription prise » dans les dix jours qui précèdent la faillite, » et non pas le renouvellement de l'Inscrip» tion qui doit avoir lieu avant l'échéance des » dix ans de l'Inscription »; et cette décision » a été maintenue par la cour de cassation; » attendu que ni la loi de brumaire an 7, ni » l'art. 2146 du Code civil ne défendent ni ne » dispensent de renouveler les Inscriptions » lorsque le débiteur est tombé en faillite, ou » que sa succession est prise sous bénéfice » d'inventaire; et qu'ainsi, les événemens ne » suffisent pas pour prolonger l'effet des Ins» criptions ».

Ce qui a été jugé pour le cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, l'identité de raison veut qu'on le juge également pour le cas de faillite.

Cependant M. Pardessus, dans son *Cours de droit commercial*, n°. 1123, 5e. édition, enseigne tout le contraire. « L'effet du des» saisissement (dit-il) est aussi, entre les » créanciers, de fixer leur position, de ma» nière que, d'un côté, nul ne puisse acqué» rir de droits particuliers au préjudice de » la masse; et de l'autre, que des actes con» servatoires ne soient plus nécessaires pour » assurer les droits existans au moment de la » faillite. Ainsi, un créancier hypothécaire » n'a plus besoin de renouveler son Inscrip» tion qui subsistait lors de l'ouverture de la » faillite ».

Il y a même trois arrêts qui jugent conformément à cette doctrine.

Le premier a été rendu par la cour d'appel de Paris, le 17 juillet 1811. Il considère, en adoptant les motifs des premiers juges, *qu'à l'époque où s'est ouverte la faillite de Delanoue et de sa femme, les droits de Pangot et Cauchois* (créanciers dont les Inscriptions prises antérieurement à cette faillite, n'avaient pas été renouvelées dans les dix ans expirés depuis) *se sont trouvés constans et irrévocablement fixés vis-à-vis des autres créanciers hypothécaires et chirographaires desdits Delanoue et femme; qu'ainsi, et pour la conservation de ces mêmes droits, toute Inscrip-*

tion, tout renouvellement d'icelle était inutile (1).

Le second a été rendu par la même cour, le 9 mars 1812. Il est motivé de la même manière que le précédent (2), et de plus sur une circonstance particulière dont il sera parlé au n°. suivant.

Le troisième est émané de la cour supérieure de justice de Bruxelles, le 3 juin 1817. Ses motifs sont également « qu'il est de jurisprudence certaine que les droits de tous les créanciers sont fixés par la faillite; et qu'en conséquence, le rang de chacun des créanciers hypothécaires du failli se trouve immutablement fixé à ladite époque; et que, par une conséquence ultérieure, le renouvellement des Inscriptions hypothécaires prescrit par l'art. 2154 du Code civil, devient inutile, après l'ouverture d'une faillite, à l'effet de conserver le rang d'hypothèque, d'autant plus que le motif de cette disposition législative, qui est de rendre publiques les hypothèques dont les immeubles sont grevés, vient alors à cesser par la raison que les biens d'un failli ne peuvent plus être aliénés (3) ».

Le mal jugé de ces arrêts est trop clairement établi, j'ose le dire, par mes conclusions des 5 avril 1808 et 15 décembre 1809, pour qu'ils puissent jamais faire jurisprudence.

Et dans le fait, il existe déjà deux arrêts, l'un de la cour royale de Dijon, du 26 février 1819, l'autre de la cour royale de Limoges, du 26 juin 1820, qui, appliquant les principes développés dans ces conclusions, aux Inscriptions non-renouvelées dans le délai décennal après l'ouverture de la faillite du débiteur, déclarent ces Inscriptions périmées.

Le premier, rendu entre les syndics de la faillite Canot et les sieurs Isnard, considère,

« Qu'il est de principe que l'hypothèque, quelle qu'elle soit, n'a de rang que du jour de son Inscription sur les registres du conservateur; que cette Inscription ne conserve sa force que pendant dix ans, et que son effet cesse, si, avant l'expiration des dix ans, elle n'a pas été renouvelée, conformément à l'art. 2154 du Code civil; que l'effet que produit cette Inscription est de donner un rang au créancier et de lui assurer le droit d'être payé suivant ce rang, sur les deniers provenant de la vente de l'objet hypothéqué; que ces principes ne pourraient souffrir de contradiction qu'autant que quelque disposition précise du Code y aurait dérogé, et qu'il résulterait implicitement ou explicitement de quelque article de nos différens Codes, que le législateur a eu l'intention d'y porter atteinte... ;

» Qu'on prétend vainement que l'ouverture de la faillite a fixé irrévocablement les droits des créanciers entre eux; que, dès ce moment-là, ils n'ont pu acquérir un droit nouveau, ni conséquemment en perdre aucun; que, dès ce moment, l'Inscription ayant produit tout son effet, il est inutile de la renouveler; et qu'on peut répondre victorieusement que la faillite ne règle les droits des créanciers qu'en ce sens que le failli ne peut accorder de droits nouveaux à aucun d'eux au préjudice des autres; mais qu'il ne résulte pas de là que quelques-uns ne puissent perdre les droits qui leur étaient précédemment acquis, puisque, si cela était, il faudrait dire aussi que la faillite éteint toute espèce de prescription, ce qu'on n'ose pas soutenir; qu'il n'est pas plus exact de dire que la faillite a réglé tous les droits des créanciers entre eux; que cet effet ne peut être produit que par le procès-verbal d'ordre; que c'est lui seul qui fixe définitivement le droit qu'a chacun à une collocation et le rang dans lequel cette collocation doit être assignée; qu'il résulte de tout ce qui vient d'être dit, que les frères Isnard n'ayant pas renouvelé leur Inscription dans les dix ans de sa durée, cette Inscription a perdu tout son effet, et ne saurait leur procurer une collocation utile ».

Le deuxième arrêt confirme un jugement du tribunal de première instance de Limoges dont les motifs sont « que toute Inscription, sans » exception, doit être renouvelée dans les dix » ans; que l'état de faillite ne saurait dispenser le créancier de prendre cette mesure de » conservation pour une hypothèque déjà acquise; que la loi distingue soigneusement » entre l'Inscription qui a pour objet *d'acquérir* l'hypothèque, et celle qui n'est prise » que pour la *conserver* (1) ».

IX. Mais si, après l'ouverture de la faillite du débiteur et avant que l'Inscription antérieurement prise par un de ses créanciers, ait atteint son terme fatal, les agens ou les syndics de la faillite ont pris, conformément à l'art. 500 du Code de commerce, une Inscrip-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 1., partie 2, page 487.

(2) *Ibid.*, tome 12, partie 2, page 408.

(3) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 2, page 19.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1821; supplément, pages 70 et 71.

tion, *au nom de la masse des créanciers*, sur les immeubles du débiteur, celle-ci empêche-t-elle la prescription de celle-là?

Cette question se présentait subsidiairement dans l'espèce sur laquelle a été rendu par la cour d'appel de Paris, l'arrêt du 9 mars 1812, qui est cité au n°. précédent.

Il s'agissait de savoir si les Inscriptions prises par le sieur Regnard et la dame Challaye sur le sieur Perelle, les 25 et 26 floréal an 7 (14 et 15 mai 1799), avaient été périmées faute de renouvellement dans les dix années échues depuis l'ouverture de la faillite du débiteur.

Un jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, du 31 août 1811, avait décidé que la faillite du débiteur n'en avait pas empêché la péremption.

Sur l'appel, le sieur Regnard et la dame Challaye ont étayé le système qu'ils avaient soutenu devant les premiers juges, d'un nouveau moyen : ils ont prétendu qu'au besoin leurs Inscriptions auraient été renouvelées en temps utile par l'Inscription générale que les syndics de la faillite avaient prise le 27 avril 1809.

Et là-dessus est intervenu l'arrêt cité, qui ordonne qu'ils seront colloqués chacun à la date de son Inscription,

« Attendu que l'Inscription prise par Regnard, le 25 floréal an 7, correspondant au 14 mai 1799, subsistait jusqu'au 14 mai 1809, mais qu'antérieurement à cette époque, Perelle ayant fait faillite le 28 mars de la même année, le sort de tous les créanciers a été, dès l'instant même, irrévocablement fixé, sans qu'il fût besoin, de leur part, de renouveler leurs Inscriptions; qu'au surplus, l'Inscription de Regnard aurait été suffisamment renouvelée par l'Inscription générale prise le 27 avril 1809, par les syndics des créanciers Perelle, au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers;

» En tant que touche la dame Challaye, attendu que l'Inscription prise par ladite dame, le 26 floréal an 7, correspondant au 15 mai 1799, a subsisté jusqu'au 15 mai 1809, époque postérieure à la faillite de Perelle; qu'en conséquence et par les motifs ci-devant énoncés à l'égard de Regnard, son hypothèque a été conservée ».

Pour apprécier le motif subsidiaire de cet arrêt, il faut nous fixer sur la nature et sur l'objet de l'Inscription que l'art. 500 du Code de commerce charge les agens et syndics de la faillite de prendre sur les immeubles du failli; et pour cela, il importe de rechercher comment cet article s'est glissé dans le Code de commerce et de quelle manière il a été discuté au conseil d'état.

La commission qui était chargée par le gouvernement, de la rédaction du Code de commerce, avait inséré dans son travail, un article (c'était le 358e.) qui différait de celui dont il s'agit, en ce qu'il n'exprimait pas que l'Inscription prise par les agens ou syndics, le serait au nom de la masse des créanciers.

Ce projet d'article fut diversement entendu et critiqué sous divers rapports par les tribunaux à qui le travail de la commission avait été communiqué.

Les uns, supposant que l'Inscription dont il y était parlé, devait être prise au nom des créanciers hypothécaires utilement inscrits avant la faillite, et pour empêcher la péremption de leurs Inscriptions, en proposèrent le rejet, attendu, disaient-ils, qu'*il n'est pas à craindre que les créanciers hypothécaires négligent de conserver leurs hypothèques* (1).

D'autres, supposant qu'il avait pour objet d'assurer les hypothèques ou les priviléges des créanciers qui auraient négligé de les inscrire avant l'ouverture de la faillite, observaient qu'il y avait contradiction entre l'article proposé et l'art. 433 du même projet (devenu le 444e. du Code). En effet, disaient-ils, « si nul créancier ne peut acquérir hypothèque sur les biens du failli, dans les dix » jours qui précèdent la faillite, il le peut » bien moins après la déclaration de la faillite (2) ».

D'autres enfin, supposant qu'il s'agissait d'une Inscription à prendre au nom de la masse des créanciers, rejetaient l'article comme *inutile, d'après les dispositions de l'art.* 443 (3).

La commission, en révisant son projet, ne déféra à aucune de ces observations, et maintint purement et simplement son art. 358.

Ce projet, avant d'être soumis au conseil d'état, fut remanié par la section de l'intérieur qui en conserva l'art. 358, mais en y ajoutant, pour écarter les objections qui lui avaient été faites dans la supposition que

(1) Observations des tribunaux sur le projet de Code de commerce. *Cour d'appel de Paris*, tome 1, page 401.

(2) *Ibid. Cour d'appel de Colmar*, tome 1, page 436; *Tribunal de commerce d'Annonay*, tome 2, partie 1, page 47.

(3) *Ibid. Tribunal* et *Conseil de commerce d'Anvers*, tome 2, partie 2, page 56.

l'Inscription devait être prise dans l'intérêt des créanciers hypothécaires ou privilégiés, qu'elle le serait *au nom de la masse des créanciers*.

L'article ainsi modifié laissait entière l'objection tirée de son inutilité; et cette objection fut reproduite à la séance du conseil d'état, du 16 avril 1807.

« M. de Ségur demande (est-il dit dans le procès-verbal de cette séance) s'il est possible et s'il convient de faire prendre des Inscriptions au nom de la masse des créanciers.

» M. Jaubert dit que, si l'on n'établissait pas cette règle, la masse pourrait n'être pas avertie des expropriations.

» M. Berlier dit que la question doit être considérée sous un double rapport : *l'Inscription*, en tant qu'elle tendrait à acquérir un droit aux créanciers hypothécaires qui ne l'auraient point prise antérieurement à la faillite; *l'Inscription*, en tant qu'elle aurait pour objet d'empêcher l'expropriation de certains immeubles du failli, sans que la masse des créanciers en fût avertie.

» Sous le premier rapport, il n'y a rien à faire; la faillite ouverte, il n'est plus loisible à une portion des créanciers d'améliorer sa condition au préjudice des autres; et le syndic, qui stipule pour tous, ne peut être admis à prendre Inscription pour quelques-uns. D'ailleurs, l'art. 2146 du Code civil, qui annulle les Inscriptions prises dans les dix jours qui précèdent la faillite, résoudrait la difficulté, et prouve assez qu'on ne peut acquérir, depuis la faillite, des droits que la loi proscrit, quoiqu'antérieurs, quand ils ne le sont que de quelques jours.

» Sous le second rapport, la mesure dirigée vers un but général, et dans l'intérêt de la masse, serait bien du ressort des syndics; mais est-elle utile? Une expropriation ne peut avoir lieu sans formalités; et du moment que l'exercice des droits du failli est publiquement remis à des agens ou syndics, il semble que les formalités de la loi ne peuvent plus être valablement remplies qu'avec eux, ou du moins sans leur concours.

» Toutefois, s'il était utile que cela fût exprimé, et s'il y avait quelque mesure à prendre dans ce sens, ce ne serait point celle de l'Inscription ».

Cette dernière observation était d'une justesse frappante. Comme le dit M. Locré (*Esprit du code de Commerce*, art. 500), « elle « n'attaquait point le système, et ne tendait » à écarter la disposition que comme superflue. (Cependant) elle n'a pas été admise: » le conseil a préféré celle de la section ».

Mais il n'en résulte pas moins très-clairement de la discussion, que l'art. 500 n'a été, ni proposé, ni rédigé comme il l'est, dans la vue de favoriser les créanciers hypothécaires, et que l'Inscription prise par les syndics de la faillite, en exécution de cet article, « n'a pour objet (comme le dit » M. Pardessus, n°. 1157) que de rendre » plus notoire l'état de faillite, et d'empêcher » que les immeubles puissent être vendus à » l'insu et au préjudice de la masse; mais » qu'elle ne conserve à chaque créancier que » les droits qui lui seront reconnus ».

Comment, dès-lors, cette Inscription pourrait-elle dispenser les créanciers hypothécaires du renouvellement de leurs Inscriptions individuelles?

Les termes mêmes de l'art. 500 résistent ouvertement à ce que l'on donne à cette Inscription un pareil effet.

Cette Inscription, dit-il, est prise par les agens ou syndics, *au nom de la masse des créanciers*. Ce n'est donc qu'une mesure collective; elle ne peut donc concerner que les créanciers chirographaires; car il résulte clairement des art. 520, 539 et suivans, que les opérations des agens ou syndics sont sans influence sur les droits des créanciers hypothécaires.

L'Inscription sera reçue, ajoute l'art. 500, *sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils* (les agens ou syndics) *auront été nommés*. Le moyen d'imaginer qu'une Inscription dans laquelle ne sont indiqués, ni les titres individuels des créanciers hypothécaires, ni le montant, ni la nature des créances de chacun d'eux, puisse conserver à chacun d'eux les hypothèques qu'il a précédemment acquises? Ce serait un contraste absurde et choquant avec les deux bases fondamentales de notre système hypothécaire, la publicité et la spécialité. Que faut-il donc conclure de ce que le bordereau ne doit énoncer que l'existence de la faillite et la date du jugement qui a nommé les agens ou syndics? Une seule chose : c'est que l'Inscription dont il s'agit, n'est prescrite que pour donner plus de notoriété à la faillite, et que par conséquent elle ne peut faire obstacle à la péremption des Inscriptions prises personnellement, avant l'ouverture de la faillite, par les créanciers hypothécaires.

C'est effectivement un point jugé par les

arrêts des cours royales de Dijon et de Limoges, cités au nº. précédent :

« Attendu (est-il dit dans l'un) que vainement on voudrait prétendre que l'art. 500 du Code de commerce ayant astreint les agens ou syndics de la faillite à prendre Inscription sur les biens du failli pour la conservation des droits des créanciers, il résulte de là que cette Inscription profite à chacun des créanciers hypothécaires et les dispense de renouveler la leur;

» Que cela ne peut regarder que les créanciers chirographaires et non les hypothécaires, qui, ayant un titre, doivent pourvoir à la conservation de leurs droits; qu'il est évident que les syndics ne sont chargés que des intérêts de la masse contre le failli ou contre les étrangers, et non des créanciers entre eux; et que la conservation d'une hypothèque est bien la conservation du droit d'un créancier hypothécaire contre les créanciers chirographaires, puisque, si l'hypothécaire perd son droit d'hypothèque, les chirographaires en profitent ».

» L'Inscription prise en vertu de l'art. 500 du Code de commerce (est-il dit dans le jugement confirmé par l'autre), n'a d'autre objet que de rendre plus notoire l'état de la faillite et d'empêcher que les immeubles puissent être vendus à l'insu et au préjudice de la masse; mais elle ne conserve à chaque créancier que les droits qu'en définitive il peut avoir, sans qu'il en résulte aucune préférence;

» Ainsi, cette Inscription n'a pour objet ni de conférer une hypothèque déjà acquise et non inscrite avant la faillite, ni de proroger le délai de dix ans, lorsque l'hypothèque inscrite n'a pas été renouvelée à temps ».

X. Le créancier inscrit, à qui le vendeur de l'immeuble affecté à son hypothèque a délégué, par une simple indication de paiement contenue dans le contrat de vente de cet immeuble, soit la totalité, soit une partie du prix à payer par l'acquéreur, est-il dispensé du renouvellement de son Inscription dans les dix ans, par l'Inscription que le conservateur a prise d'office dans la transcription de ce contrat?

On a vu au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 13, que deux arrêts de la cour de cassation, des 15 frimaire an 12 et 22 avril 1807, ont jugé que, sous la loi du 11 brumaire an 7, les créanciers ainsi délégués par le vendeur à son acquéreur, ne devaient pas jouir de l'effet de l'Inscription prise d'office, au profit du premier, en vertu de l'art. 29 de cette loi.

Si donc l'Inscription prise d'office au profit du vendeur, en vertu de l'art. 2108 du Code civil, est également sans effet à l'égard du créancier à qui le contrat de vente délègue une partie du prix par une simple indication de paiement, il est clair que cette Inscription ne fait pas cesser, en faveur de ce créancier, l'obligation de renouveler son Inscription dans les dix ans.

Or, bien loin que l'art. 2108 du Code civil, en reproduisant la disposition de l'art. 29 de la loi du 11 brumaire an 7, étende l'effet de l'Inscription d'office jusqu'aux créanciers délégués ou plutôt indiqués par le contrat de vente, il est au contraire conçu en termes qui les en excluent plus clairement encore que ne le faisait cette disposition.

L'art. 29 de la loi du 11 brumaire an 7 appelait à profiter de l'Inscription d'office, non-seulement le vendeur, mais encore *ses ayant-cause;* et il faut convenir que ces mots *ayant-cause* présentaient un sens vague et indéterminé qui pouvait donner prise au système condamné par les arrêts cités.

Mais l'art. 2108 du Code civil fait disparaître toute incertitude, en disant taxativement que, lors de la transcription du contrat, faite par l'acquéreur, l'Inscription d'office aura lieu *tant en faveur du vendeur qu'en faveur du prêteur qui lui aura fourni les deniers payés, et qui sera subrogé aux droits du vendeur par le même contrat;* termes qui excluent manifestement du bénéfice de l'Inscription d'office, les créanciers du vendeur au profit desquels le contrat de vente ne renferme qu'une simple indication de paiement.

Voici en effet une espèce dans laquelle un arrêt l'a ainsi jugé formellement.

Le 10 janvier 1805, le sieur Mainy vend au sieur de Debontridder trois maisons situées dans l'arrondissement de Mons, et, par une clause du contrat, charge l'acquéreur de payer à son acquit une rente de 83 francs 44 centimes qu'il doit au sieur Drombise.

Le 24 janvier de la même année, l'acte est transcrit au bureau des hypothèques, et le conservateur prend une Inscription d'office pour la rente de 83 francs 44 centimes, *en faveur du vendeur et du créancier.*

Le 8 janvier 1806, le sieur Debontridder emprunte du sieur Thiriar une somme de 1796 francs, pour laquelle il consent hypothèque sur les trois maisons qu'il a acquises l'année précédente.

Le 6 février suivant, le sieur Thiriar prend Inscription pour sûreté de cette créance.

En 1815, les trois maisons sont vendues par expropriation forcée; l'ordre est ouvert pour la distribution du prix; et un combat s'y élève entre le sieur Drombise, qui prétend, en vertu de l'Inscription d'office, exercer le privilége assuré au vendeur par l'art. 2108 du Code civil, et le sieur Thiriar, qui réclame la priorité de son Inscription personnelle.

Le 9 août 1815, jugement du tribunal de première instance de Mons, qui colloque le sieur Thiriar avant le sieur Drombise.

Appel de la part de celui-ci; et le 14 janvier 1817, arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, qui met l'appellation au néant,

« Attendu que l'appelant n'ayant ni vendu l'immeuble dont il s'agit, ni fourni les deniers qui auraient été destinés à en faire l'acquisition, n'est pas dans le cas de pouvoir réclamer le privilége que l'art. 2103, §. 1 et 3 du Code civil a établi en faveur des vendeurs et des prêteurs, et que l'art. 2108 du même Code leur conserve au moyen des devoirs qu'il leur prescrit;

» Que ces lois lui sont d'autant moins applicables que les priviléges, en tant qu'ils s'écartent du droit commun, sont d'une interprétation très-étroite (1) ».

D'après cela, il est clair que les créanciers que le vendeur a délégués, dans le contrat de vente, par une simple indication de paiement, ne sont pas dispensés par l'Inscription d'office de la nécessité de renouveler leurs Inscriptions dans le délai de dix ans.

Et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 1er. floréal an 7 (20 avril 1799), Magdelaine Isabelle prend sur les biens du sieur Scelles une Inscription pour sûreté d'une rente viagère à laquelle ils sont affectés par une ancienne hypothèque.

Le 28 février 1809, le sieur Scelles vend au sieur Laurent plusieurs immeubles grevés de cette Inscription, et il charge l'acquéreur d'acquitter la rente viagère due à Magdelaine Isabelle.

Le 21 mars suivant, le contrat de vente est transcrit avec Inscription d'office.

Arrive le terme fatal de l'Inscription de Magdelaine Isabelle, et celle-ci ne la renouvelle pas.

Cependant elle se présente à l'ordre, et prétend se faire colloquer à la date de son ancienne hypothèque, parceque l'Inscription d'office équivaut, suivant elle, à un renouvellement d'Inscription de sa part.

Cette prétention, combattue par le sieur Guersant, créancier inscrit après la demoiselle Isabelle, mais dont l'Inscription subsiste encore, est accueillie par un jugement du tribunal de première instance de Caen, du 16 août 1810.

Mais sur l'appel du sieur Guersant, arrêt de la cour de Caen, du 12 février 1812, qui,

« Attendu que la transcription du contrat d'acquisition de Laurent, faite le 21 mars 1809, avait bien l'effet d'assurer à Laurent la propriété de son acquêt, mais que l'art. 2182 du Code civil déclare formellement que cette propriété ne lui est transmise que sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques dont le vendeur était chargé;

» Attendu que cette transmission de propriété ne change par conséquent rien aux droits des créanciers inscrits, puisque la loi maintient pour eux la même affectation d'hypothèque sur les biens acquis;

» Attendu que les droits des créanciers inscrits étant réglés par l'art. 2134 de la même loi, qui dispose que l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'Inscription prise par le créancier sur les registres du conservateur dans la forme et de la manière prescrite par la loi, cette Inscription est nécessaire pour chaque créancier qui veut conserver son hypothèque;

» Attendu que l'art. 2154 n'accorde de durée aux Inscriptions légalement prises, que pendant dix années du jour de leur date, et déclare que leur effet cesse si elles n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai;

» Attendu que l'Inscription prise par Magdelaine Isabelle, le 1er. floréal an 7, ou 20 avril 1799, se trouve prescrite et sans effet le 20 avril 1809, n'ayant point été renouvelée avant l'expiration des dix ans de sa date;

» Attendu que l'Inscription prise d'office par le conservateur, le 21 mars 1809, au nom de Scelles, sur les fonds vendus à Laurent, n'a pu suppléer le renouvellement d'Inscription de Magdelaine Isabelle, ni perpétuer cette Inscription; en effet la transcription du contrat de vente et l'Inscription prise d'office conservent bien les droits du vendeur et en même temps ceux des prêteurs, lorsqu'il en existe; mais cette conservation n'a pour objet que les droits du vendeur sur le fonds vendu, et non pas les Inscriptions des créanciers sur ce même fonds qui peuvent exister ou être prescrites dans les cas prévus par la loi; les biens du vendeur sont bien conservés pour les créanciers inscrits, mais

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 1, page 239.

pour tous les créanciers, et sans autre distinction de privilége ou hypothèque que ceux qui résultent de la légalité de ces Inscriptions elles-mêmes qui sont, sous tout autre rapport, indépendantes de la transcription du contrat et de l'Inscription d'office prise par le conservateur;

» Attendu que la différence qui peut se remarquer entre ces deux sortes d'Inscriptions, résulte, 1°. de ce que l'Inscription d'office est l'effet de la volonté de la loi qui l'a établie de droit en faveur des vendeurs, tandis que l'Inscription particulière d'un créancier ne peut exister que par le fait même de la réquisition de cette Inscription, et dans les formes prescrites par l'art. 2154 précité; 2°. de ce qu'il n'y a ni identité de personnes dans ces deux Inscriptions, ni identité de cause, ni de droits, ni de nature, ni de privilége, ni d'étendue, et que l'une dérive absolument du droit de propriété qui ne peut se perdre, tandis que l'autre ne dérive que d'une simple créance qui n'obtient d'hypothèque que par la perpétuité de l'Inscription;

» Attendu que si, au moyen de l'Inscription d'office, on peut dire que les héritages vendus n'ont pas cessé d'être hypothéqués à la rente de Magdelaine Isabelle, on n'en peut pas conclure que cette Inscription en ait conservé l'hypothèque pour elle et à son bénéfice personnel; tant que l'Inscription prise par Magdelaine Isabelle a été existante, elle a conservé cette hypothèque pour elle; mais dès qu'elle a été éteinte ou prescrite faute de renouvellement, l'hypothèque, à la vérité, a continué d'exister sur le fonds; mais au titre seul de l'Inscription d'office au profit du vendeur, et par conséquent de la masse de ses créanciers inscrits, et non pas au bénéfice du créancier qui avait laissé périr son Inscription avant la notification du contrat de Laurent;

» Attendu qu'on ne peut pas donner à l'Inscription d'office des motifs puisés dans l'intention du vendeur, puisque cette Inscription n'en a eu d'autre que dans la volonté et la puissance de la loi;

» Attendu, enfin, que si on s'attache au contrat de vente pour y puiser le motif de l'intention du vendeur de conserver cette rente à Magdelaine Isabelle, parcequ'il en a fait délégation à son bénéfice singulier, on doit se convaincre qu'en supposant ces motifs vrais, comme la délégation est constante elle-même, ces motifs n'ont pu, ni la délégation, la dispenser d'en conserver l'effet par l'Inscription et par son renouvellement en temps utile, au préjudice des créanciers inscrits; la délégation seule, sans Inscription perpétuée, ne saurait leur nuire; l'Inscription prescrite, jointe à la délégation, ne lui donne pas plus de valeur que s'il n'y eût pas eu d'Inscription;

» Dit qu'il a été mal jugé; réformant, déclare l'Inscription prise par Magdelaine Isabelle, prescrite et non valablement perpétuée par l'Inscription prise d'office au nom de Scelles, le 21 mars 1809; en conséquence, annulle la collocation faite au profit de ladite Isabelle, par ledit jugement et procès-verbal d'ordre (1) ».

La même chose a été jugée par l'arrêt de la cour royale de Limoges, du 26 juin 1820, rapporté au n°. précédent, « attendu (est-il » dit dans le jugement qu'il confirme) que » l'Inscription prise le 8 avril 1799, a été » périmée le 8 avril 1809; que la transcription » du contrat de Bertrand, faite le 25 janvier » 1805, ne peut valoir Inscription en faveur » des créanciers indiqués pour recevoir une » partie du prix, parceque, suivant l'art. » 2108 du Code civil, la transcription ne » vaut Inscription que pour le vendeur et » pour le prêteur des deniers employés à » l'acquisition et subrogé aux droits du ven- » deur; qu'à cet égard, l'article est limitatif; » qu'il ne peut s'étendre aux créanciers dé- » légués ou indiqués; que le doute, s'il en » existe, disparaît devant le rapprochement » des art. 2108 du Code civil et 29 de la loi » du 11 brumaire an 7; que c'est d'ailleurs » le sens de la loi fixé par la jurisprudence » de la cour suprême ».

XI. Pour renouveler valablement une Inscription, est-il nécessaire d'exprimer dans la nouvelle, qu'elle est prise en renouvellement d'une précédente, ou au moins d'y faire mention de celle-ci?

La loi ne l'exige pas formellement; mais il est sensible que, sans cette mention, l'hypothèque signalée par la nouvelle Inscription, ne pourrait avoir, aux yeux des tiers, d'autre date que celle que porte la nouvelle Inscription elle-même; que, dès lors, des tiers seraient fondés à croire que le créancier qui l'a prise, ne devra être colloqué qu'à cette date même; et que, par conséquent, un renouvellement ainsi fait ne remplirait pas l'objet de la loi.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, dont voici l'espèce :

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 12, partie 2, page 290.

Les 30 vendémiaire et 11 brumaire an 6 (21 octobre et 19 novembre 1796), le sieur Bruneel fait inscrire d'anciennes hypothèques qu'il a sur des immeubles de la ville de Courtrai, appartenant aux sieur et dame Deblock.

Le 25 juillet 1806, il renouvelle ses Inscriptions. Les bordereaux énoncent qu'il *requiert Inscription en renouvellement de celles prises les 21 octobre et 19 novembre* 1796; mais dans la transcription de ces bordereaux sur les registres, il n'est fait aucune mention de *renouvellement*.

Le 18 mai 1815, vente volontaire des biens grevés de ces Inscriptions.

Dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix, le sieur Bruneel prétend se faire colloquer à la date primitive de ses hypothèques, parceque ses Inscriptions des 21 octobre et 19 novembre 1796 en ont conservé le rang, et parcequ'il les a renouvelées le 25 juillet 1806.

Mais on lui répond que le prétendu renouvellement de ses Inscriptions en date du 25 juillet 1806 est nul, parcequ'elles n'y sont pas rappelées. « Inutile d'objecter (ajoute-t-on) » que la mention du renouvellement n'est » pas textuellement requise par la loi. Il est » trop manifeste que tel est l'esprit de la loi, » basé sur ce grand principe de notre système » hypothécaire, que tout doit être rendu » public avec une telle clarté, que les regis- » tres du conservateur puissent servir comme » de fanal aux tiers. Inutilement encore » Bruneel soutiendrait que ses bordereaux » énonçaient que les Inscriptions du 25 juillet » 1806 étaient prises *en renouvellement* des » Inscriptions de 1796. L'avis du conseil » d'état, du 11 décembre 1810, répond à » cette objection : *à l'égard des tiers* (y est-il » dit), *la valeur de l'Inscription se réduit* » *à ce qui a été transcrit sur le registre,* » *parceque ce registre est la seule pièce* » *que les intéressés soient appelés à consul-* » *ter; et que le créancier qui a requis l'Ins-* » *cription, a plus spécialement à s'imputer* » *de n'avoir pas veillé à ce que la transcrip-* » *tion fût exacte* (1) ».

Le 25 novembre 1815, jugement du tribunal de première instance de Courtrai, qui déclare valable le renouvellement des Inscriptions, et en conséquence colloque le sieur Bruneel au premier rang.

Mais, sur l'appel, arrêt du 5 juin 1817, qui réforme ce jugement,

« Attendu que c'est l'Inscription du bordereau faite par le conservateur des hypothèques sur son registre, et non le contenu de ce bordereau, qui forme la substance de l'Inscription hypothécaire; et que, dans l'espèce de la cause, les Inscriptions faites par le conservateur des hypothèques sur son registre, au profit du sieur Bruneel, sous la date du 25 juillet 1806, ne contiennent aucune mention de renouvellement d'anciennes Inscriptions, au vœu de l'art. 2154 du Code civil; ce qui est cependant essentiellement requis dans l'esprit de la loi, afin que le public soit pleinement instruit de toutes les Inscriptions hypothécaires qui pèsent sur les immeubles;

» Attendu qu'il résulte de tout ce qui précède, que le rang d'hypothèque conféré audit Bruneel, par les Inscriptions qu'il a prises sur l'immeuble dont il s'agit, les 21 octobre et 19 novembre 1796, ne lui a pas été conservé (1) ».

Mais de ce que la mention du renouvellement sur les registres du conservateur est, d'après l'essence même des choses, requise dans la nouvelle Inscription, à peine de nullité, s'ensuit-il qu'elle doit être nécessairement faite sur ces registres dans le corps même de la nouvelle Inscription, et ne suffit-il pas que le conservateur indique par une note en marge de celle-ci qu'elle n'est que le renouvellement d'une Inscription antérieure?

Cette question s'est présentée dans l'espèce de l'arrêt de la cour de cassation, du 3 février 1819, rapporté plus haut, §. 5, n°. 10.

Comme nous l'avons remarqué en cet endroit, le sieur Chapet, en prenant, le 8 février 1809, une Inscription dont l'objet était d'empêcher la péremption de celle qu'il avait prise le 26 prairial an 7, n'y avait pas exprimé qu'il prenait l'une en renouvellement de l'autre. Mais le conservateur avait écrit sur son registre, en marge de la seconde, les mots : *Renouvellement d'hypothèques, vol.* 4, *n°.* 562 et il avait également écrit en marge de la première : *Renouvelée le* 8 *février* 1809, *vol.* 27, *n°.* 174.

C'était de là que partait le sieur Chapet pour écarter la péremption dont les sieurs

(1) Cet avis du conseil d'état a été approuvé le 26 du même mois (*Bulletin des lois, 4e. série, n°.* 338.) La cour de cassation avait déjà consacré le même principe par un arrêt du 22 avril 1807. *V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 10, n° 3.

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1817, tome 2, page 196.

Letimonier et Lepelletier prétendaient que son Inscription du 26 prairial an 7 était frappée. Le législateur (disait-il) n'ayant pas expressément déterminé la forme des Inscriptions prises en renouvellement, il suffit qu'elles soient conçues de manière que les tiers voient clairement que leur objet est de renouveler d'anciennes Inscriptions. Or, dans l'espèce, les énonciations contenues dans l'Inscription du 8 février 1809 et les notes placées par le conservateur en marge tant de cette Inscription que de celle du 26 prairial an 7, n'ont pas permis aux tiers de se méprendre sur l'intention que j'ai eue de renouveler la première par la seconde.

D'après ce moyen, les juges de première instance et d'appel n'ont trouvé aucune difficulté à déclarer l'Inscription du 2 prairial an 7 non périmée, et l'arrêt de la cour de cassation, du 3 février 1819, a maintenu leur décision, « Attendu que les Inscriptions » dont il s'agissait, soit par leur contexte, » soit par les notes marginales du conservateur, ne pouvaient donner lieu à aucune » erreur ».

XII. L'Inscription prise en renouvellement d'une précédente, doit-elle, à peine de nullité, contenir les énonciations qui sont requises dans celle-ci, sous cette peine?

Pourquoi non? L'art. 2154 du Code civil veut que l'Inscription soit *renouvelée* dans les dix ans. Or, ce mot *renouvelée* que signifie-t-il: *Renouveler*, suivant le dictionnaire de l'Académie française, c'est *faire de nouveau*. « On dit (ajoute le même dictionnaire) *re*» *nouveler un traité, une alliance, un bail,* » *pour dire, faire un nouveau traité, une* » *nouvelle alliance, un nouveau bail* ». D'après cette définition, il est clair que les mots *renouveler une Inscription*, sont synonymes de *prendre une Inscription nouvelle;* et dès-là nul doute que le renouvellement d'une Inscription ne doive être fait dans les mêmes formes et contenir les mêmes énonciations que l'Inscription première.

Ainsi, comme on l'a vu plus haut, §. 5, n°. 10, toute Inscription doit, à peine de nullité, indiquer la date du titre; l'Inscription prise en renouvellement d'une précédente, et dans laquelle l'une ou l'autre se trouverait omise, serait donc nécessairement nulle.

Et c'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le 14 pluviôse an 3, acte notarié par lequel les sieur et dame Duval-Dumesnil empruntent du sieur Saillard une somme de 30,000 francs qu'ils s'obligent d'employer et qu'ils emploient en effet, avec clause de subrogation, au paiement de ce qu'ils doivent à un créancier privilégié, mais non encore inscrit.

En vertu de cet acte, le sieur Saillard prend, le 23 floréal an 7, une Inscription sur l'immeuble grevé du privilége auquel il est subrogé.

Le 16 mai 1807, autre acte notarié par lequel les sieur et dame Duval-Dumesnil empruntent du sieur Delahaye-d'Anglemont une somme de 30,000 francs qu'ils emploient également, avec subrogation, au remboursement des 30,000 francs qu'ils doivent au sieur Saillard en vertu de l'obligation du 14 pluviôse an 3.

En conséquence, le sieur Delahaye-d'Anglemont prend, le 23 du même mois de mai 1807, une Inscription sur le même immeuble, « pour sûreté de la somme de 34,200 francs, » savoir 30,000 francs de capital et 4200 » francs pour deux années d'intérêts, et pour » sûreté de la subrogation dans l'effet de » l'Inscription prise le 23 floréal an 7, vol. 6, » n°. 145, au profit de Jean-Pierre Saillard » contre les sieur et dame Duval-Dumesnil, » résultant d'une obligation passée devant » Me. Trianon et son confrère, notaires à » Paris, le 6 mai 1807 ».

Le 18 juillet 1811, il rectifie cette Inscription par une autre dans laquelle il indique le titre en vertu duquel le sieur Saillard avait pris celle du 23 floréal an 7.

En 1812, l'immeuble sur lequel portait cette Inscription, est vendu; et par suite de la transcription du contrat de vente, un ordre est ouvert pour la distribution du prix.

Le sieur Delahaye-d'Anglemont prétend se faire colloquer dans cet ordre, en vertu des trois Inscriptions des 23 floréal an 7, 23 mai 1807 et 18 juillet 1811, à l'ancien rang du privilége auquel il a été subrogé.

Mais d'autres créanciers inscrits avant le 18 juillet 1811, lui répondent que sans doute l'Inscription du 23 floréal an 7 a d'abord conservé le privilége qu'il réclame; mais qu'elle a été ensuite périmée à défaut de renouvellement dans les dix années; que vainement il voudrait faire passer pour un renouvellement de cette Inscription, celle qu'il a prise le 23 mai 1807; que, considérée comme telle, son Inscription du 23 mai 1807 est nulle parce qu'elle n'énonce pas le titre en vertu duquel a été prise l'Inscription originaire; que, d'ailleurs, elle ne renferme qu'une simple mention de subrogation; et que, quant à son Inscription du 18 juillet 1811, elle ne peut avoir d'effet que du jour de sa date.

Le 3 juillet 1815, arrêt de la cour royale de Paris qui ne colloque le sieur Delahaye-d'Anglemont qu'après les créanciers inscrits avant son Inscription du 18 juillet 1811, « Attendu que la deuxième de ces Inscriptions ne contient pas la mention du titre » constitutif de la créance, mais seulement » celle de l'acte qui a opéré la subrogation » au profit de d'Anglemont; que la mention » du titre originaire est une des formalités » substantielles de l'Inscription hypothécaire; que les Inscriptions de renouvellement ne sont et ne peuvent être dispensées » d'aucune des formalités requises pour la validité des Inscriptions en général; qu'ainsi, » l'Inscription du 23 mai 1807 ne vaut que » comme mention de subrogation, et n'a pas » opéré le renouvellement de celle de l'an 7; » que celle-ci, à défaut de renouvellement » dans les dix ans, est aujourd'hui périmée, » et que d'Anglemont n'a d'Inscription et » par conséquent de droit hypothécaire, » qu'à la date du 13 juillet 1811 (1) ».

Le sieur Delahaye-d'Anglemont se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque comme violant l'art. 2154, en ce qu'il déclare nulle l'Inscription de 1807, faute de mention du titre en vertu duquel avait été prise celle du 23 floréal an 7. La cour royale, dit-il, s'est fondée sur le principe que le renouvellement d'une Inscription est soumis aux mêmes énonciations que l'Inscription originaire. Mais ce prétendu principe n'est écrit nulle part. L'art. 2154, en ordonnant le renouvellement des Inscriptions dans le terme qu'il prescrit, ne l'assujétit à aucune formalité. Inutilement la cour royale a-t-elle dit que l'Inscription de 1807 n'était qu'une mention de subrogation. Il est impossible de douter que cette Inscription n'ait eu pour objet le renouvellement de celle du 23 floréal an 7.

Les défendeurs à la demande en cassation répondent que le renouvellement de l'Inscription est nécessairement assujéti aux mêmes formes que l'Inscription primitive; qu'en effet, renouveler une Inscription, c'est tout simplement prendre une Inscription nouvelle; que le législateur, en prescrivant le renouvellement décennal des Inscriptions, a voulu que les conservateurs des hypothèques n'eussent point à fouiller dans une masse énorme de registres, et rendre, par là même, leurs recherches plus faciles et leurs indications plus exactes et plus certaines; que ce but serait manqué et l'intérêt des tiers compromis, si l'Inscription nouvelle ne remplaçait qu'imparfaitement pour eux l'Inscription originaire, si elle ne contenait pas, comme celle-ci, toutes les énonciations nécessaires pour les éclairer; que d'ailleurs l'arrêt attaqué ne se borne pas à ce seul motif; qu'il décide, en outre, que l'Inscription de 1807 ne valait que comme *mention de subrogation*, et n'avait pas opéré le renouvellement de celle de l'an 7; qu'en cela, l'arrêt est d'accord avec l'Inscription de 1807 elle-même, de laquelle il résulte littéralement qu'elle n'a été prise que *pour sûreté de la subrogation dans l'effet de celle du 23 floréal an 7*, et que, sous ce second rapport, l'arrêt est inattaquable, parcequ'il n'a fait qu'apprécier le mérite d'un acte.

Par arrêt contradictoire, du 14 janvier 1818, la section civile, après un délibéré en la chambre du conseil, rejette la demande en cassation,

« Attendu 1°. qu'il s'agit d'un privilége et d'une hypothèque antérieurs à la loi du 11 brumaire an 7, et que d'Anglemont n'a pu les conserver que par des Inscriptions ou transcriptions capables de produire cet effet;

» Attendu 2°. que d'Anglemont n'a représenté que trois Inscriptions, l'une du 23 floréal an 7, l'autre du 23 mai 1807, la dernière du 18 juillet 1811; que, suivant l'art. 23 de ladite loi et l'art. 2154 du Code civil, l'effet des Inscriptions cesse si elles n'ont été renouvelées dans les dix ans; que l'arrêt décide que l'Inscription de 1807 ne vaut que comme mention de subrogation et n'a pas opéré le renouvellement de celle de l'an 7; et que, de fait elle ne l'a point renouvelée; qu'il suit de là que l'Inscription de l'an 7 est périmée faute d'avoir été renouvelée dans les dix ans, celle de 1811 n'ayant été prise que depuis l'expiration de ce délai; qu'ainsi, le privilége et l'hypothèque de d'Anglemont n'ont été conservés, ni par l'Inscription de l'an 7, qui est périmée, ni par celle de 1807, qui ne contient point de renouvellement, ni par celle de 1811, prise depuis la péremption acquise (1) ».

Cet arrêt et celui de la cour royale de Paris qu'il maintient, jugent en même temps une autre question qui est traitée au mot *Transcription*, §. 3, n°. 2.

XIII. Si l'Inscription prise en renouvellement énonçait la date, mais non pas la nature

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 16, partie 2, page 1.

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 91

du titre de la créance hypothécaire ou privilégiée, pourrait-elle être validée par la considération qu'elle se réfère virtuellement à l'Inscription renouvelée, puisqu'elle la rappelle, et que celle-ci contient expressément l'énonciation de la nature de cette créance?

Oui, sans doute, elle pourrait et devrait l'être; car la formalité de l'énonciation du titre de la créance, n'est pas assujétie à des expressions sacramentelles; elle peut être remplie par équipollence; et c'est bien la remplir équipollemment dans l'Inscription prise en renouvellement, que d'y rappeler l'Inscription précédente dans laquelle la nature du titre de la créance est exprimée en toutes lettres.

C'est ce qui a été jugé par la cour de cassation dans l'espèce que voici:

Les 7 et 12 février 1806, la demoiselle de Pillot prend Inscription sur un domaine appartenant aux sieurs Janneret, pour le capital et les arrérages échus d'une rente foncière de 400 francs, et la motive sur un contrat du 19 décembre 1735, par lequel le sieur Belot qu'elle représente, leur a cédé ce domaine à la charge de cette rente.

Le 5 septembre 1815, en vertu d'un jugement du tribunal de première instance de Beaume, du 3 mai précédent, qui condamne les sieurs Janneret à lui payer les arrérages de cette rente qu'ils avaient prétendu être abolie comme féodale, elle renouvelle ses Inscriptions, en rappelant l'acte du 19 décembre 1735, mais sans énoncer, comme elle l'avait fait dans celles-ci, que cet acte était un bail à rente.

Peu de temps après, les sieurs Janneret vendent le domaine qui leur a été arrenté par cet acte; l'acquéreur fait notifier son contrat aux créanciers inscrits; et dans l'ordre qui s'ouvre en conséquence, la demoiselle de Pillot réclame sa collocation par privilége, tant pour le capital que pour les arrérages échus de sa rente.

Les sieurs Grandjacquet, créanciers inscrits en 1813, contestent sa demande; et soutiennent, entre autres choses, que son Inscription du 5 septembre 1815 est nulle parcequ'elle n'énonce pas la nature du titre qui en est le fondement.

Le 14 février 1817, jugement qui en effet annulle cette Inscription, déclare par suite celles des 7 et 12 février 1806 périmées, et rejette la demoiselle de Pillot de l'ordre.

La demoiselle de Pillot appelle de ce jugement, et le 30 janvier 1818, arrêt de la cour royale de Besançon qui le réforme, « Attendu » que ce privilége (réclamé par la demoiselle » de Pillot) a été valablement inscrit les 7 et » 12 février 1806; que ces deux Inscriptions » n'étaient prescrites qu'à pareilles dates de » 1816; qu'alors, elles avaient opéré leur ef- » fet, puisque les acquéreurs avaient notifié » leurs contrats à l'appelante, comme il a été » jugé par la cour royale de Paris, le 29 août » 1815; que d'ailleurs ces Inscriptions ont été » régulièrement renouvelées, le 5 septembre » 1815, par l'Inscription prise en vertu, tant » du contrat de 1735 que de la sentence de » 1815; que cette troisième Inscription con- » serve tous les droits acquis par les deux » autres; qu'elle est régulière, parcequ'elle » donne une connaissance suffisante du titre, » d'autant plus qu'il était déjà connu par l'Ins- » cription du 7 février 1806 ».

Des deux motifs de cet arrêt, le premier était évidemment mal fondé, comme nous l'avons prouvé ci-dessus, n°. 6; et le second avait le défaut de ne pas exprimer clairement que l'Inscription du 5 septembre 1815 ayant été prise en renouvellement de celles des 7 et 12 février 1806, s'y était nécessairement référée; car ce n'était que de cette relation qu'il pouvait résulter qu'elle contenait implicitement l'énonciation de la nature du contrat de 1735.

Aussi cet arrêt n'a-t-il échappé au recours en cassation dont les sieurs Grandjacquet l'avaient frappé, que par le soin qu'a pris la section des requêtes d'en laisser de côté le premier motif, et de présenter le second sous son véritable point de vue:

« Attendu (a-t-elle dit par son arrêt du 16 mars 1820) qu'il est constaté, par l'arrêt attaqué, que l'Inscription hypothécaire, prise en 1806, énonçait l'acte de 1735 comme portant accensement perpétuel; qu'ainsi, la nature du titre y était indiquée; que *les Inscriptions subséquentes étaient un renouvellement de celle de* 1806, qu'elles s'y référaient nécessairement, et que l'arrêt fait mention qu'elles ont donné une connaissance suffisante du titre; qu'ainsi, les sieurs Grandjacquet n'ont pas pu être induits en erreur sur l'existence de créances antérieures en date et en ordre d'hypothèque à la leur, lors même qu'elles n'auraient pas porté avec elles un caractère privilégié; ce qui les rendait préférables sous tous les rapports;

» La cour rejette le pourvoi.... (1) ».

XIV. Dès que l'Inscription prise en renou-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 20, page 353.

vellement est soumise aux mêmes formalités que l'Inscription originaire, il faut bien que réciproquement elle ne le soit pas aux formalités dont l'Inscription originaire était affranchie par la loi du temps où elle a été prise, bien que le renouvellement s'opère sous une loi différente.

De là un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 8 août 1811, qui juge qu'en renouvelant une Inscription prise sous la loi du 11 brumaire an 7, en vertu d'une ancienne hypothèque générale, le créancier n'est pas tenu d'indiquer l'espèce et la situation des biens hypothéqués (1).

De là encore un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 7 décembre 1814, qui juge également qu'une Inscription prise sous la loi du 19 messidor an 3, et qui n'indiquait ni l'espèce ni la situation des biens soumis à l'hypothèque (formalité que cette loi n'exigeait point), avait pu, sous le Code civil, être valablement renouvelée dans ses formes primitives, et sans que le nouveau bordereau contînt cette double indication; « attendu (y » est-il dit) que l'Inscription du 4 vendémiaire » an 5 a été prise conformément aux art. 258, » 20 et 21 de la loi du 9 messidor an 3, qui » n'exigeait point l'indication de l'espèce et » de la situation des biens hypothéqués; que » cette Inscription a été maintenue par l'art. » 38 de la loi du 11 brumaire an 7; que con» séquemment elle a pu être renouvelée va» lablement dans ses formes primitives (2) ».

Inutilement objecterait-on à cette manière de juger, qu'il ne s'agit pas ici du fond des droits, mais de simples formalités; et qu'il est de maxime, comme je l'ai établi à l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 7, que tout acte qui se fait sous l'empire d'une loi, doit être revêtu des formalités qu'elle prescrit, bien qu'il ait son principe dans un acte passé sous une loi antérieure qui prescrivait des formalités différentes.

Cette objection disparaît nécessairement devant le texte même de l'art. 2154 du Code civil qui veut simplement que les Inscriptions soient *renouvelées* dans les dix ans de leur date, et devant l'idée que *renouveler* une Inscription, c'est, et rien de plus, la refaire telle qu'elle est.

XV. En est-il à cet égard de la représentation du titre de la créance hypothécaire que l'art. 2148 prescrit à tout créancier qui veut s'inscrire, comme des autres formalités auxquelles le même article assujétit l'Inscription? En d'autres termes, de ce que c'est bien raisonner par rapport à celles-ci, que de dire: « elles sont ou ne sont pas nécessaires quand » il s'agit de prendre une Inscription pre» mière; donc elles sont également nécessaires » ou inutiles, quand il s'agit de renouveler » cette Inscription »; s'ensuit-il que c'est également bien raisonner que de dire: « l'Ins» cription première a pu être prise sans repré» senter le titre de la créance hypothécaire: » donc il n'est pas besoin de représenter ce » titre pour la renouveler »: et *vice versâ*, « l'Inscription première n'a pas pu être prise » sans représenter le titre de la créance hypo» thécaire; donc elle ne peut pas être renou» velée sans représenter ce titre »?

Je ne propose pas ici cette question comme tendant à savoir si le renouvellement d'une Inscription peut être annulé pour avoir été fait sans que le titre de la créance fût représenté: prise en ce sens, elle est déjà résolue implicitement par les raisons que M. Tarrible a données ci-dessus, §. 5, n°. 6, pour établir que, lors même qu'il s'agit d'une première Inscription, le défaut de représentation du titre de la créance peut bien être, pour le conservateur des hypothèques, un motif de refus d'inscrire le créancier requérant, mais non pas, pour le juge, un motif de déclarer l'Inscription nulle après qu'elle a été faite; car bien certainement une formalité qui n'est pas nécessaire pour la validité d'une première Inscription, ne peut pas l'être pour la validité de celle qui ne fait que la renouveler.

La question se réduit donc ici à savoir si le créancier qui requiert le renouvellement d'une Inscription, peut éprouver un refus de la part du conservateur, sous le prétexte qu'il ne représente pas le titre de sa créance.

Elle peut, sous ce rapport, se présenter dans deux cas différens: dans celui où il s'agit de renouveler une Inscription qui, ayant pour objet la conservation d'une hypothèque acquise sous l'ancien régime hypothécaire, a pu, aux termes de l'art. 46 de la loi du 11 brumaire an 7, être requise et faite sans la représentation du titre de la créance; et dans celui où il s'agit de renouveler une première Inscription prise, soit sous la loi du 11 brumaire an 7, soit sous le Code civil, et que l'art. 17 de l'une ou l'art. 2148 de l'autre aurait dispensé le conservateur de faire, si le titre de la créance ne lui eût pas été représenté.

Voici un arrêt de la cour de cassation qui tout à la fois la décide négativement pour le

(1) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles et de Liége, tome 24, page 206.

(2) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1814, tome 2, page 305.

premier cas, et fait entendre par l'un de ses motifs que la même décision est applicable au deuxième.

Le 4 janvier 1791, arrêt qui condamne le sieur Meinrad, comme débiteur principal, et le sieur Bruder, comme sa caution, à payer solidairement une somme de 8,182 francs.

Le 23 prairial an 10, l'hypothèque générale résultant de cet arrêt, est inscrite au bureau des hypothèques.

Le 12 mars 1812, le sieur Bruder, caution, paie le montant de la créance aux sieurs Weil et Marx qui en sont devenus propriétaires.

Le 28 avril suivant, les enfans et héritiers de celui-ci font assigner les sieurs Weil et Marx pour se voir condamner à leur passer quittance, avec subrogation, de la somme qu'ils ont reçue de leur père, et à leur remettre les titres de la créance acquittée par lui, sinon à leur rembourser cette somme.

Le 11 juin de la même année, jugement qui met les parties hors de cause, attendu que la subrogation est acquise de plein droit à la partie qui paie pour le débiteur principal.

Les héritiers Bruder appellent de ce jugement, en ce qu'il a refusé sans motifs de statuer sur leur demande en remise des titres de la créance et en remboursement, faute d'y satisfaire, de la somme payée par leur père aux sieurs Weil et Marx.

Pour écarter leurs griefs, les sieurs Weil et Marx font signifier un acte par lequel ils déclarent qu'ils n'ont pas en leur pouvoir les titres réclamés, mais que les héritiers Bruder peuvent s'en faire délivrer une grosse dont ils offrent de payer les frais.

Les héritiers Bruder répondent que ces offres sont tardives; que, si les titres de créance leur avaient été remis le 28 avril 1812, date de leur demande, ils auraient pu en faire usage pour renouveler l'Inscription du 23 prairial an 10; mais qu'aujourd'hui, la remise de ces titres leur serait inutile, puisque le délai du renouvellement de l'Inscription est expiré; qu'ainsi, et attendu que, sans le secours de cette Inscription, leur action récursoire contre le débiteur principal devient illusoire, il y a lieu de condamner purement et simplement les sieurs Weil et Marx à leur restituer la somme payée par leur père.

Les sieurs Weil et Marx répliquent qu'aux termes de l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7, l'Inscription du 23 prairial an 10, qui n'avait pour objet que la conservation de droits hypothécaires acquis avant cette loi, avait pu être prise par le créancier, *sans représenter l'expédition du titre de sa créance;* que cette Inscription aurait donc pu être renouvelée par les héritiers Bruder sans représenter l'arrêt du 4 janvier 1791; qu'ainsi, le prétendu retard dont ils arguent les offres qui leur ont été faites, ne leur a causé aucun préjudice.

Le 27 septembre 1814, arrêt de la cour royale de Colmar, qui juge que ce n'est point l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7, mais bien l'art. 2148 du Code civil, qui a dû régler la forme d'un renouvellement d'Inscription qui devait être fait sous le Code civil même; que, dès lors, les héritiers Bruder n'ont pas pu renouveler en juin 1812, l'Inscription du 23 prairial an 10, sans représenter les titres constitutifs de l'hypothèque qu'elle avait conservée pour dix ans; que c'est par le fait des sieurs Weil et Marx qu'ils ont été mis dans l'impossibilité de représenter ces titres, et par conséquent de renouveler cette Inscription, que les sieurs Weil et Marx doivent donc réparer le dommage qu'ils leur ont causé par ce fait, et par suite, leur restituer la somme payée par leur père, sauf à eux à se pourvoir, pour le montant de la créance dont ils sont cessionnaires, contre Meinrad, débiteur principal.

Les sieurs Weil et Marx se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le dénoncent comme violant l'art. 40 de la loi du 11 brumaire an 7, par une fausse application de l'art. 2148 du Code civil.

Il est vrai, disent-ils en substance, que l'art. 2148 du Code civil, conforme, pour les hypothèques à venir, à l'art. 17 de la loi du 11 brumaire an 7, veut qu'en requérant l'Inscription, le créancier représente son titre de créance; mais la conséquence que la cour royale de Colmar a tirée de cet article, est évidemment *forcée et fausse.*

Elle est *forcée :* car de ce qu'aux termes de cet article, la représentation des titres de créance est nécessaire lors de l'Inscription primitive, il ne s'ensuit nullement qu'elle le soit de même quand il ne s'agit que d'un renouvellement. Elle n'est point exigée par l'art. 2154 qui porte précisément sur ce cas, et ce n'est pas sans raison qu'il la passe sous silence. Pourquoi le législateur veut-il que les titres de créance soient représentés lorsqu'on prend une Inscription pour la première fois? Afin qu'on ne puisse pas arbitrairement porter atteinte au crédit d'une personne, en signalant, sur ses immeubles, des charges dont ils ne sont point grevés. Mais ce danger n'existe plus lorsqu'il est question d'un renouvellement; le conservateur a dû, lors de l'Inscription primitive,

s'assurer, en visant les titres, de l'existence de la créance.

La conséquence tirée par la cour royale de Colmar, est *fausse* : car le Code civil est ici absolument sans application. Aujourd'hui, comme avant la publication du Code, la loi du 11 brumaire an 7 est la seule qui doive être consultée quand il s'agit d'une créance hypothécaire antérieure à cette loi. Telle est la jurisprudence de la cour de cassation, et c'est ce qu'ont notamment jugé deux de ses arrêts, des 11 novembre 1812 et 10 décembre 1813 (1). Or, d'après l'art. 4o de la loi du 11 brumaire an 7, le renouvellement d'une Inscription peut, comme l'Inscription primitive, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque ancienne, être fait sans représenter les titres de créances; et c'est ainsi que les ministres de la justice et des finances ont pensé, les 3o mars et 11 avril 1809, que la question doit être décidée même sous l'empire du Code civil (2).

Sur ces moyens, arrêt de la section des requêtes qui admet le recours en cassation des sieurs Weil et Marx.

L'affaire portée en conséquence à la section civile, les héritiers Bruder cherchent à justifier l'arrêt attaqué, en disant que l'on ne retrouve pas dans le Code civil la distinction que faisait la loi du 11 brumaire an 7 entre les anciennes et les nouvelles créances hypothécaires; qu'on ne peut donc pas l'y suppléer; que par conséquent l'Inscription des unes est soumise, sous le Code civil, aux mêmes formalités que l'Inscription des autres; qu'ainsi, l'art. 2154 du Code civil est applicable au renouvellement de l'Inscription des premières comme au renouvellement de l'Inscription des secondes; et qu'en les y appliquant en effet, on ne le fait pas rétroagir, puisqu'il doit nécessairement régir la forme des actes passés depuis sa publication; que du reste, si l'obligation de représenter le titre de la créance, n'est pas répétée dans cet article, elle doit évidemment y être sous-entendue, d'après le principe que le renouvellement d'une Inscription n'est autre chose qu'une Inscription nouvelle, et qu'on doit, dès lors, y employer les mêmes formalités que s'il s'agissait d'une première Inscription.

Ces raisons, déjà détruites par les moyens des sieurs Weil et Marx, ne pouvaient pas soustraire l'arrêt de la cour de Colmar à la cassation. Aussi a-t-il été cassé, le 14 avril 1817,

« Vu l'art. 4o de la loi du 11 brumaire an 7;

» Attendu qu'il s'agissait, dans la cause, du renouvellement d'une Inscription pour créance hypothécaire antérieure à ladite loi, et que l'art. 4o ci-dessus transcrit n'exigeait pas la représentation du titre de la créance pour prendre même la première Inscription, et à plus forte raison pour en faire le renouvellement;

» Et attendu que, si l'art. 2148 du Code civil a statué que la représentation du titre de la créance devait être faite pour prendre Inscription, ce qui a été une dérogation pour l'avenir à l'article cité de la loi du 11 brumaire an 7, l'art. 2154 du même Code ne l'a pas de même ordonné pour le cas d'un simple renouvellement d'Inscription; et que cette disposition ne pourrait y être suppléée sans aggraver la condition d'un ancien créancier, dont les droits ont été irrévocablement fixés par la loi du 11 brumaire an 7; d'où il suit qu'en jugeant que le renouvellement d'Inscription dont il s'agit, résultant d'une créance antérieure à la loi de brumaire, n'aurait pu être fait sans la représentation des titres constitutifs de l'hypothèque, la cour de Colmar a violé l'art. 4o de cette loi, et faussement appliqué l'art. 2148 du Code civil (1) ».

Fixons-nous bien sur les points jugés par cet arrêt.

D'abord, il est évidemment étranger au mérite de l'Inscription que les héritiers Bruder auraient pu, en 1812, prendre en renouvellement de celle du 23 prairial an 10, sans représenter les titres de la créance à laquelle ils étaient subrogés. La question du procès n'était pas de savoir si, pour le renouvellement d'une Inscription quelconque, il faut, à peine de nullité, représenter le titre de la créance : c'était uniquement de savoir si, faute d'être nantis des titres en vertu desquels avait été prise l'Inscription du 23 prairial an 10, les héritiers Bruder s'étaient trouvés dans l'impossibilité de renouveler de fait cette Inscription en 1812.

Ensuite, cette question, il la juge pour la négative, et sur quoi se fonde-t-il pour la juger ainsi? Sur deux motifs :

Le premier, que l'Inscription originaire ayant été prise sous la loi du 11 brumaire an 7, en vertu d'une hypothèque acquise avant cette loi, le conservateur n'aurait pas pu, pour le renouvellement qui en eût été fait sous cette même loi, exiger la représentation du titre; et qu'il n'aurait pas pu l'exiger davantage pour le renouvellement qu'il

(1) *Voy.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 17.

(2) Les décisions de ces ministres sont rapportées dans le journal des audiences de la cour de cassation, année 1809, supplément, page 63.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 19, page 107.

eût été requis de faire sous le Code civil, parceque le Code civil n'aurait pas, même en la prescrivant en termes exprès pour le renouvellement des Inscriptions en général, été censé l'exiger pour le renouvellement des Inscriptions prises sous la loi du 11 brumaire an 7, en vertu d'anciennes hypothèques;

Le second que, dans le fait, l'art. 2154 du Code civil ne prescrit pas même la représentation du titre de la créance pour le renouvellement d'une première Inscription prise sous son empire.

Par ce second motif, suppose-t-il, contre la doctrine établie ci-dessus, n°. 12, qu'en thèse générale, le renouvellement d'une Inscription n'est soumis à aucune des formalités de l'Inscription première, parceque l'art. 2154 garde là-dessus le silence? Suppose-t-il, par suite, qu'une Inscription pourrait être prise en renouvellement sans énoncer, par exemple, la date et la nature du titre de la créance?

Il est impossible de lui prêter un pareil sens, et ce serait l'étendre hors de l'espèce sur laquelle il a été rendu. De quelle formalité s'agissait-il dans cette espèce? Ce n'était pas une de celles qui sont de l'essence de toute Inscription hypothécaire, c'était tout simplement une formalité qui n'est prescrite que dans la vue d'empêcher qu'on ne prenne des Inscriptions sans titre sur les biens d'un particulier dont on chercherait méchamment à ruiner le crédit. C'était par conséquent une formalité qui n'a plus d'objet du moment qu'une Inscription précédemment prise avec représentation du titre de la créance, a déjà procuré au conservateur la pleine certitude de l'existence de ce titre. L'arrêt veut donc seulement dire que la formalité de la représentation du titre de la créance est d'une telle nature, qu'une fois remplie dans une Inscription première, elle ne pourrait être nécessaire pour le renouvellement de cette Inscription, qu'autant que l'art. 2154 l'aurait expressément exigée.

XVI. Le cessionnaire par acte sous seing-privé d'une créance inscrite, peut-il en renouveler l'Inscription en son propre nom? Le peut-il avant que son acte de cession ait été notifié au débiteur?

V. mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 11, n°. 3.

§. IX. 1°. *La disposition de l'art.* 5 *de la loi du* 11 *brumaire an* 7, *qui prive du droit de conférer hypothèque, les Inscriptions prises dans les dix jours antérieurs à la faillite ou déconfiture des débiteurs, ou sur une succession bénéficiaire, est-elle applicable aux Inscriptions qui n'ont pour objet que de conserver des hypothèques acquises avant la publication de cette loi?*

2°. *La disposition semblable que contient l'art.* 2186 *du Code civil est-elle applicable à celle de ces hypothèques qui ont été acquises avant la publication de la loi du* 11 *brumaire an* 7?

3°. *Ces hypothèques peuvent-elles, à l'égard des biens, soit d'une faillite ou déconfiture, soit d'une succession bénéficiaire, ouverte avant la publication de la loi du* 11 *brumaire an* 7, *être conservées sans Inscription hypothécaire?*

4°. *Une Inscription hypothécaire perd-elle son effet par cela seul que la dixième année du jour où elle a été prise, a expiré pendant les discussions qui se sont élevées sur l'ordre ouvert après une expropriation forcée dont le titre a été transcrit?*

5°. *Le créancier hypothécaire d'un failli qui a obtenu, avant la loi du* 11 *brumaire an* 7, *un jugement par lequel le syndic des créanciers unis a été condamné à lui payer sa créance telle qu'elle était alors connue, et qui en a reçu le montant, mais qui, par des événemens postérieurs, s'est trouvé au même titre créancier d'une somme plus forte, a-t-il perdu le rang de son hypothèque pour l'excédant, faute de l'avoir fait inscrire avant le* 4 *messidor an* 7? *Peut-il couvrir ce défaut d'Inscription par l'exception de chose jugée?*

I. La première, la troisième, la quatrième et la cinquième de ces questions se sont présentées et ont été jugées avec une grande solennité dans l'espèce suivante.

En 1774, faillite d'Alexandre Badaraque.

Au nombre de ses créanciers hypothécaires, sont: 1°. Marie-Anne Camoin, sa femme, pour la dot qu'elle s'est constituée par son contrat de mariage, du 28 janvier 1768; 2°. les frères Briançon, pour une somme de 26 à 27,000 livres qui leur a été adjugée par une sentence de la sénéchaussée de Marseille, du 27 avril 1773.

Le 7 juin 1775, concordat portant que « les » créanciers privilégiés et hypothécaires se» ront payés des premiers fonds qui rentre» ront ».

Le 11 août suivant, sentence qui homologue ce concordat.

Le 21 mai 1777, délibération des créanciers par l'art. 4 de laquelle il est dit que « tous

» fonds qui seront recouvrés, seront em-
» ployés tout premièrement aux dépenses re-
» latives à l'administration et à l'apurement
» des créances privilégiées et hypothécaires,
» suivant la nature des titres et l'ordre des
» hypothèques; et le restant sera réparti aux
» chirographaires ».

En 1778, la dame Badaraque se pourvoit contre le sieur Verdillon, syndic des créanciers unis, pour le faire condamner à lui restituer sa dot.

Celui-ci avait vendu aux sieurs Brunet, Hugues et Martin, trois maisons qui en faisaient partie.

Elle le fait condamner, le 2 août et le 24 novembre 1783, à lui payer une somme de 63,100 livres, montant du prix qu'il avait tiré de ces trois maisons.

Verdillon prétend n'être pas tenu de lui payer, sur le prix de cette vente, 51,000 livres dont elle est en perte.

La dame Badaraque met en cause les acquéreurs des trois maisons, et conclud à ce que, sans avoir égard à leurs contrats d'acquisition, qui seront déclarés nuls, ils soient condamnés à se désister de ces immeubles, si mieux ils n'aiment contraindre Verdillon à la payer.

Le 6 décembre 1791, jugement du tribunal du district de Marseille, qui annulle la vente faite au sieur Brunet d'une des maisons, maintient celles qui ont été faites aux sieurs Hugues et Martin, envoie la dame Badaraque en possession de la maison vendue au sieur Brunet, et condamne Verdillon, en sa qualité, à lui payer le restant de sa dot.

Ce jugement est confirmé, le 23 floréal an 2, par le tribunal du district d'Aix.

Le 14 fructidor suivant, Verdillon solde complètement la dot de la dame Badaraque.

Le 29 ventôse an 4, les frères Briançon prennent une Inscription hypothécaire sur Alexandre Badaraque, en vertu de la sentence qu'ils ont obtenue contre lui le 27 avril 1773.

Vers le même temps, deux des enfans du sieur Brunet forment une tierce-opposition au jugement qui a annulé la vente de la maison acquise par leur père du sieur Verdillon; et cette tierce-opposition est accueillie par un jugement du 29 thermidor an 5.

Dépossédée en vertu de ce jugement, la dame Badaraque redevient créancière de 20,250 livres, prix de la maison dont elle est évincée.

Le 21 thermidor an 12, nouveau jugement qui condamne le sieur Laugier, devenu syndic des créanciers en remplacement du sieur Verdillon, à lui payer cette somme.

Ce jugement est confirmé par un arrêt de la cour d'appel d'Aix, du 4 thermidor an 13.

Le 2 fructidor suivant, la dame Badaraque prend une Inscription hypothécaire sur le restant des biens de son mari.

Le 6 vendémiaire an 14, elle fait un commandement à fin d'expropriation forcée de ces biens.

Le 24 brumaire suivant, apposition des affiches pour l'adjudication.

Le 12 frimaire, l'adjudication est prononcée.

Le 10 janvier 1806, elle est transcrite au bureau des hypothèques, et le conservateur fait d'office l'Inscription requise par la loi en faveur des créanciers inscrits de Badaraque.

Le 2 juin de la même année, ouverture du procès-verbal d'ordre. La dame Badaraque prétend s'y faire colloquer comme créancière hypothécaire à la date de son contrat de mariage du 28 janvier 1768.

Le sieur Laugier, de son côté, cessionnaire de la créance des frères Briançon, soutient qu'en vertu de l'Inscription prise par ses cédans, le 29 ventôse an 4, il doit être colloqué avant elle; et il invoque les art. 37, 38 et 39 de la loi du 11 brumaire an 7.

Le 12 du même mois, jugement du tribunal de première instance de Marseille, qui déclare nulle l'Inscription hypothécaire dont se prévaut le sieur Laugier, et ordonne que la dame Badaraque sera colloquée la première dans l'ordre, après les frais de justice. Appel.

Par arrêt du 25 avril 1808,

« Considérant qu'à l'époque de la faillite du débiteur, le sort des créanciers est fixé; qu'ils ne peuvent s'avantager les uns au préjudice des autres; qu'ils restent dans l'état où ils se trouvent, et qu'ils sont liquidés dans le verbal de rangement suivant le rang et l'ordre de leurs hypothèques; que la loi du 11 brumaire an 7 n'a apporté aucun changement à ces principes; qu'en prescrivant la nécessité de l'Inscription pour l'acquisition ou la conservation des hypothèques à l'avenir, elle n'a entendu porter aucun préjudice aux hypothèques fixées par une faillite ou discussion; que telle a été si fort son intention, que, par les dispositions de l'art. 5, elle déclare que les Inscriptions qui seraient faites dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement d'un débiteur, ne confèrent point d'hypothèque;

» Considérant qu'à l'époque de la banqueroute du sieur Badaraque, la dame Badaraque

était la créancière hypothécaire la plus ancienne; que son titre est à la date du 26 janvier 1750; que celle des autres créanciers lui est postérieure; que notamment celle du sieur Laugier ne remonte qu'au 27 août 1773; que par conséquent il est postérieur à la dame Badaraque; que le rang et la priorité de la dame Badaraque ont été reconnus par divers jugemens qui ont été acquiescés, qui ont reçu leur exécution, et qui ne peuvent plus être révoqués; que la créance que réclame cette veuve, n'est pas une autre créance que celle que lui avaient adjugée ces jugemens; qu'elle en est seulement le remplacement, attendu l'éviction qu'elle a soufferte des objets qui lui avaient été donnés en paiement; par conséquent qu'elle lui est subrogée, et en prend la nature, les droits et les prérogatives; que la dame Badaraque doit être placée au même état qu'elle était, lorsqu'elle avait été jugée; que les événemens postérieurs ne peuvent détruire le premier état; qu'elle doit conserver la priorité qu'elle avait sur les autres créanciers; qu'au surplus, en supposant que sa créance eût dû être inscrite aux hypothèques, le sieur Laugier aurait dû également renouveler son Inscription avant l'expiration de dix années de sa date, conformément à l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, qui porte que les Inscriptions hypothécaires cessent, si elles n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de dix années; que depuis le 27 ventôse an 4 (19 mars 1796), époque de la date de cette Inscription, jusqu'au 12 juin 1806, jour du jugement d'ordre, il s'est écoulé plus de dix années; que le sieur Laugier ne l'ayant pas renouvelée, elle ne peut donc produire aucun effet;

» La cour (d'appel d'Aix) met l'appellation de Laugier au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet ».

Le sieur Laugier se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« Trois questions (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 5 avril 1808) appellent dans cette affaire l'attention de la cour: L'inscription hypothécaire du sieur Laugier était-elle prescrite à l'époque de l'ouverture de l'ordre? Si elle n'était pas prescrite, devait-elle, d'après les dispositions de la loi du 11 brumaire an 7, assurer au sieur Laugier la préférence sur la dame Badaraque? La dame Badaraque pouvait-elle écarter les dispositions de la loi du 11 brumaire an 7, par l'exception de la chose jugée?

» La première question se résoud par un calcul très-simple. C'est le 24 ventôse an 4, c'est-à-dire, le 19 mars 1796, qu'a été prise l'Inscription qui forme aujourd'hui le titre hypothécaire du sieur Laugier. Cette Inscription ne pourrait donc être prescrite, qu'autant qu'elle n'eût pas été renouvelée, au plus tard, le 18 mars 1806. Or, elle avait été renouvelée dès le 10 janvier précédent: elle l'avait été au moyen de l'Inscription d'office que le conservateur des hypothèques avait faite ce jour-là, au profit des créanciers inscrits d'Alexandre Badaraque, en transcrivant le jugement de l'adjudication du 22 frimaire an 14. Il n'y avait donc pas de prescription à opposer au sieur Laugier. La cour d'appel a donc fait, en déclarant son Inscription périmée, une fausse application de l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, en même temps qu'elle en a violé l'art. 29, aux termes duquel l'Inscription d'office conserve au vendeur, ainsi qu'à ses ayant-cause, et par conséquent, en cas d'expropriation forcée, aux créanciers qui se trouvent inscrits au moment de la saisie immobilière, le droit de préférence qui leur appartient de droit sur les biens aliénés (1).

---

(1) Les rédacteurs de la *Jurisprudence de la cour de cassation*, tome 8, page 219, me font tenir, sur cette première question, un langage tout différent. Suivant eux, j'aurais d'abord dit « que la » prescription ne peut courir contre le créancier » inscrit postérieurement à l'expropriation de l'im» meuble, parceque, dès lors, il a acquis un droit » certain et invariable »; ce qui rentrerait assez dans ce que j'ai véritablement dit sur l'effet de l'Inscription d'office que le conservateur des hypothèques avait prise le 10 janvier 1806, au profit des créanciers inscrits, en transcrivant le jugement d'adjudication. Mais j'aurais ajouté: « en effet, » l'art. 4 de la loi du 11 brumaire an 7 veut que » l'affiche en expropriation contienne un état des » Inscriptions existantes au jour du commandement. » Cette affiche, qui vaut saisie, fixe l'état des hy» pothèques existantes sur l'immeuble placé dès » lors sous la main de la justice, avec les charges » dont il est grevé; il n'est plus possible que l'état » des créanciers soit postérieurement changé, car » l'immeuble ne peut être adjugé *que sous la* » *charge des hypothèques existantes lors du com*» *mandement.* Les Inscriptions des créanciers sur » l'immeuble ont donc produit tout leur effet lors » du commandement; d'où il suit qu'il serait inutile » de les renouveler dans l'intervalle de ce comman» dement au jugement d'ordre ». — Et il est évident que je n'ai pas dit un mot de cela.

Au surplus, le moyen par lequel j'ai établi, dans cette partie de mes conclusions, que l'Inscription du sieur Laugier n'était pas périmée, ne peut plus être invoqué sous le Code civil, parceque, comme on le verra à l'article *Saisie immobilière*, §. [illegible] no. 3, le jugement d'adjudication sur expropri[illegible]

» La deuxième question exige plus de détails, mais ne présente pas plus de difficultés; et, soit que l'on remonte à la loi du 9 messidor an 3, sous l'empire de laquelle a été prise l'Inscription hypothécaire du sieur Laugier, soit que l'on s'attache à la loi du 11 brumaire an 7, qui forme le dernier état de la législation sur la matière des hypothèques acquises sous l'ancien régime, on se convaincra facilement que l'une et l'autre ont été également violées par la cour d'appel d'Aix.

» La loi du 9 messidor an 3 est divisée en deux titres : le premier, *des hypothèques pour l'avenir;* le second, *des hypothèques pour le passé.*

» Dans le premier titre, le législateur détermine les manières d'acquérir l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque forcée. Il fait résulter la première des contrats notariés, et la seconde des jugemens. Il décide, art. 11 et 12, que les jugemens rendus, soit dans les 10 jours qui précèdent l'ouverture d'une faillite, soit après que l'hérédité a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou est devenue vacante, ne produisent point l'hypothèque; et par l'art. 19, il déclare que l'hypothèque, lors même qu'elle résulte de contrats passés ou de jugemens rendus en temps utile, n'est acquise *définitivement* que par l'Inscription des uns ou des autres dans le registre que tient à cet effet le conservateur des hypothèques.

» Dans le second titre, dans celui des *hypothèques pour le passé,* la loi veut, art. 255, que les créanciers qui ont précédemment acquis des hypothèques, soient tenus de les faire inscrire dans le délai qu'elle détermine; faute de quoi, dit-elle, art. 257, *ils n'obtiendront hypothèque* que du jour de l'Inscription qu'ils prendront par la suite.

» Elle ne fait, dans ce titre, aucune distinction entre les créanciers hypothécaires dont les débiteurs jouiront encore de leur état à l'époque de sa publication, et les créanciers hypothécaires dont les débiteurs seront, à cette époque, en faillite ou déconfiture; et bien loin de là, elle décide textuellement, art. 276, qu'à la vérité, *les lois, coutumes et usages observés antérieurement sur les hypothèques, lettres de ratification, criées et ventes d'immeubles par décret forcé,* seront encore *applicables aux hypothèques acquises et aux expropriations de biens volontaires ou forcées qui auront lieu avant le premier nivôse prochain;* mais que *les créanciers hypothécaires et privilégiés* ne pourront pas pour cela *se dispenser de l'Inscription de leurs titres, sous les peines portées en l'art.* 257; ce qui amène nécessairement la conséquence que l'Inscription est indispensable pour conserver le rang hypothécaire, même des créanciers qui, au moment de la publication de la loi, auront mis en saisie réelle les biens de leurs débiteurs, et en poursuivront l'expropriation forcée.

» Et quelle raison y aurait-il de traiter plus favorablement les créanciers dont les débiteurs, faillis au moment de la publication de la loi, n'auront encore éprouvé, de leur part, aucun genre de poursuites? Est-il concevable que la loi ait voulu dispenser de l'Inscription les créanciers de débiteurs qui, quoique faillis ou en déconfiture, sont encore en possession de tous leurs biens, tandis qu'elle n'en dispense pas les créanciers de débiteurs qui, déjà dépossédés par la saisie réelle, sont à la veille d'être expropriés? Non, telle n'est pas l'intention de la loi du 9 messidor an 3 : elle veut généralement que tout créancier hypothécaire antérieur à sa publication, fasse inscrire son titre dans le délai qu'elle fixe; et elle exclud toute exception à cette règle, par cela seul qu'elle n'en admet aucune.

» La loi du 11 brumaire an 7 nous présente absolument le même système.

» A l'exemple de celle du 9 messidor an 3, elle s'occupe dans le tit. 1er, *des hypothèques et priviléges pour l'avenir;* et c'est dans ce titre, qu'après avoir déterminé quelles sont les créances qui produisent hypothèques, *à la charge de l'Inscription,* elle déclare, art. 5, que l'*Inscription qui serait faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement d'un débiteur, ne confère point hypothèque.*

» Vient ensuite le tit. 3, où elle ne s'occupe, comme elle l'annonce elle-même en termes exprès, que de *dispositions relatives aux hypothèques, priviléges et mutations du passé.* C'est sous ce titre que sont placés,

» Et l'art. 37, portant que « les droits » d'hypothèque ou priviléges existans lors » de la publication de la présente, qui n'auraient pas encore été inscrits en exécution » et dans les formes de la loi du 9 messidor » an 3, le seront, pour tout délai, dans » les trois mois qui suivront ladite publication »;

»Et l'art. 38, portant que « les Inscriptions

---

forcée ne doit plus être transcrit, et que par conséquent il n'y a plus lieu, de la part du conservateur, à prendre une Inscription d'office au profit des créanciers inscrits.

» déjà faites, ainsi que celles qui le seraient » dans ledit délai, conserveront aux créan- » ciers leur hypothèque ou privilége, et le » rang que leur assignaient les lois anté- » rieures »;

» Et l'art. 39, portant que « les hypothèques » qui n'auraient pas été inscrites avant l'ex- » piration des trois mois, n'auront effet qu'à » compter du jour de l'Inscription qui en » serait requise postérieurement ».

» Dans toutes ces dispositions, pas un mot qui excepte les créanciers hypothécaires dont les débiteurs étaient en faillite à l'époque de la publication de la loi. Et dès qu'ils ne sont pas exceptés, comment ne resteraient-ils pas soumis à la règle générale?

» Mais, a dit la cour d'appel d'Aix, il est de principe que les droits des créanciers du failli sont fixés par l'ouverture de la faillite même; et que les créanciers d'un failli ne peuvent pas, au préjudice les uns des autres, améliorer leurs titres respectifs.

» Oui, sans doute, les droits des créanciers sont fixés par la faillite; mais dans quel sens le sont-ils? En ce sens, que les créanciers qui n'avaient pas d'hypothèque avant la faillite, et même avant les dix jours qui en ont précédé l'ouverture, ne peuvent pas devenir créanciers hypothécaires après la faillite, ni même dans les dix jours antérieurs. Est-ce à dire pour cela que la loi ne peut pas imposer aux créanciers qui ont des hypothèques au moment où leur débiteur vient à faillir, l'obligation de remplir certaines formalités pour les conserver? Est-ce à dire pour cela que les créanciers qui n'auront pas rempli ces formalités, ne seront pas déchus de leurs hypothèques?

» Non, sans doute, les créanciers d'un failli ne peuvent pas, au préjudice les uns des autres, améliorer leurs titres respectifs. Mais le sieur Laugier a-t-il amélioré son titre hypothécaire, en le faisant inscrire au bureau des hypothèques après la faillite de son débiteur? Bien évidemment, il n'a fait que le conserver, tel qu'il le tenait de l'ancienne loi. Bien évidemment, conserver un titre, ce n'est pas l'améliorer, ce n'est pas le dénaturer.

» Qu'importe que, par l'événement, le titre du sieur Laugier, de deuxième qu'il était en rang d'hypothèque, soit devenu le premier? S'il est devenu le premier, ce n'est point par l'effet de son Inscription: c'est par la négligence de la dame Badaraque à s'inscrire elle-même. Le sieur Laugier n'a rien fait pour acquérir la primauté sur la dame Badaraque; c'est la dame Badaraque qui la lui a donnée, en négligeant de s'inscrire.

» Mais, dit encore la cour d'appel d'Aix, la preuve que la loi du 11 brumaire an 7 n'a pas voulu, en établissant la nécessité des Inscriptions pour la conservation des *hypothèques pour le passé*, déranger l'ordre des hypothèques fixé par la faillite du débiteur, c'est qu'elle a expressément déclaré, art. 5, que l'Inscription qui serait faite dans les dix jours avant la faillite, ne conférerait point hypothèque.

» Comme si *conférer* une hypothèque, et *conserver* une hypothèque, n'étaient pas deux choses toutes différentes!

» Comme si l'on pouvait appliquer l'art. 5, qui n'a pour objet que les hypothèques à acquérir, aux hypothèques précédemment acquises, et, pour nous servir des propres termes de la loi, *aux hypothèques du passé!*

» Comme si la loi ne rangeait pas elle-même l'art. 5 sous le titre *des hypothèques pour l'avenir!*

» Comme s'il était permis, en déplaçant l'art. 5, d'en altérer le sens, de lui faire dire plus qu'il ne dit réellement!

» Au surplus, messieurs, la question, si c'en est une, n'est pas nouvelle pour la cour: la cour l'a déjà jugée par deux arrêts formels et tout récens.

» La veuve Devaës, avait, par actes des 27 novembre 1769 et 19 février 1781, hypothéqué au profit de l'hospice de Tongres, divers immeubles qu'elle possédait dans les environs de Maëstricht. Elle est décédée en messidor an 7, dans son domicile à Bruxelles, et sa succession, notoirement insolvable, est restée vacante. Quelque temps après, les administrateurs de l'hospice de Tongres ont pris une Inscription au bureau de Maëstricht, pour conserver les hypothèques qu'ils avaient acquises sur les biens de la veuve Devaës, par les actes de 1769 et 1781; et ils ont fait assigner le sieur Lepage, curateur à la succession vacante de celle-ci, devant le tribunal civil de Maëstricht même, pour voir dire que ces mêmes biens leur étaient hypothéqués, et qu'en conséquence il serait tenu de remplir les engagemens contractés envers l'hospice de Tongres, par la défunte qu'il représentait; que sinon, il leur serait permis de le faire exproprier en sa qualité. A cette demande le sieur Lepage a opposé deux sortes de défenses: il a d'abord excipé de la prétendue incompétence du tribunal de Maëstricht, et conclu au renvoi de l'affaire devant celui de Bruxelles, où la discussion des biens de la succession vacante était engagée depuis

l'an 10; et subsidiairement il a soutenu que l'Inscription des administrateurs de l'hospice était nulle, d'après l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, parcequ'elle avait été prise après la déclaration de la déconfiture de la succesſion de la veuve Devaës. Par jugement du 22 fructidor an 11, le tribunal de Maëstricht a rejeté le déclinatoire, et déclaré les immeubles dont il s'agissait, affectés à l'hypothèque conservée par l'Inscription. Appel de la part du sieur Lepage; et arrêt confirmatif de la cour de Liége, motivé, d'une part, sur la réalité de l'action; de l'autre, sur ce « que la loi du 11 » brumaire an 7, en maintenant les an- » ciennes hypothèques à la charge de l'Ins- » cription, n'a, par son trente-neuvième » article, attaché d'autre peine au défaut » d'Inscription dans le délai prescrit, que de » ne pouvoir obtenir de rang qu'à la date du » jour où elle aurait lieu; ce qui amène né- » cessairement l'impossibilité d'appliquer à » l'espèce l'art. 5 de cette loi ». Le sieur Lepage se pourvoit en cassation, et soutient 1°. que la cour d'appel de Liége a violé l'art. 3 de la loi du 26 ventôse an 4, aux termes duquel, « en matière de succession, toutes » contestations entre les co-héritiers *ou autres* » *parties intéressées*, jusqu'après le partage, » (doivent être) portées devant le juge de » paix du lieu où la succession est ouverte »; 2°. qu'elle a violé l'art. 5 et faussement appliqué l'art. 39 de la loi du 11 brumaire an 7. Mais, par arrêt du 17 décembre 1807, au rapport de M. Henrion, « Attendu, sur le premier » moyen, que la demande de l'hospice avait » principalement pour objet de faire déclarer » valable l'Inscription par lui prise; que c'é- » tait par conséquent une action réelle qui » était soumise au tribunal de Maëstricht; » qu'il est de principe que les actions de » cette espèce doivent être portées devant » les juges de la situation des biens; que ce » principe est encore plus particulièrement » applicable aux actions qui dérivent de la » loi du 11 brumaire an 7; et qu'en jugeant » de conformité, la cour d'appel de Liége ne » s'est mise en contradiction expresse avec » aucune loi; attendu, sur le second moyen, » que s'agissant au procès, non de savoir » si l'hospice avait acquis une hypothèque » nouvelle, mais si l'Inscription par lui prise » avait conservé à son profit une hypothèque » ancienne et légalement ratifiée, l'arrêt at- » taqué est justifié par l'art. 39 de la loi » du 11 brumaire an 7; la cour rejette..... ».

» Cet arrêt juge nettement, comme vous voyez, que l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 n'est pas applicable aux Inscriptions prises pour conserver d'anciennes hypothèques; et que, nonobstant cet article, on peut inscrire une ancienne hypothèque après l'ouverture d'une faillite, après la déclaration de la déconfiture d'une succession.

» Mais si cet article n'est pas applicable aux anciennes hypothèques, si, nonobstant cet article, une ancienne hypothèque peut encore être inscriste après l'ouverture d'une faillite, bien évidemment toute hypothèque ancienne qui, postérieurement à l'ouverture d'une faillite, n'a été inscrite qu'après une hypothèque du même genre, ne peut être colloquée qu'après celle-ci. Il est impossible, en cette matière, de séparer la validité de l'Inscription du rang que l'hypothèque inscrite doit obtenir. Une fois l'Inscription reconnue valable, il faut qu'on la juge nécessaire; et une fois jugée nécessaire, il faut qu'elle ne prenne rang qu'à sa date.

» Et c'est précisément ce que vient de juger un autre arrêt de la cour.

» Le 26 mai 1795, les demoiselles Delappe, créancières du sieur Franctz, obtiennent, à la cour de justice de Cologne, un jugement qui leur donne, sur les biens de leur débiteur, une hypothèque connue en Allemagne sous le nom de *pignus prætorium*. Le lendemain, la dame Peiffer obtient à la même cour un jugement semblable. Le 26 octobre suivant, faillite de Franctz. Après la publication de la loi du 11 brumaire an 7, et en exécution de l'art. 37 de cette loi, la dame Peiffer fait inscrire son hypothèque au bureau de Cologne. Les demoiselles Delappe laissent écouler, sans remplir cette formalité, le délai dans lequel elles auraient pu, en la remplissant, conserver à leur hypothèque son rang primitif. On procède à l'ordre du prix des biens de Franctz; et la dame Peiffer demande qu'on la colloque avant les demoiselles Delappe. Celles-ci soutiennent, comme le fait ici la défenderesse, que, dès l'instant de la faillite de Franctz, tous ses biens ont été le gage de ses créanciers; qu'aucun de ses créanciers n'a pu rien faire au préjudice des autres; que la loi du 11 brumaire an 7 a laissé les hypothèques des créanciers dans l'ordre qui leur était assigné par l'ancienne législation; qu'il n'a pas été nécessaire, pour les conserver dans cet ordre, de les faire inscrire; enfin, que toute Inscription était, non-seulement inutile, mais même inefficace, puisque l'art. 5 de la loi déclarait sans effet les Inscriptions prises dans les dix jours qui avaient précédé la faillite. Par jugement du 20 pluviôse an 12, le tribunal civil de Cologne ordonne que, sans avoir égard à l'Inscription

de la dame Peiffer, qui, est déclarée nulle, pour avoir été prise après l'ouverture de la faillite, les demoiselles Delappe seront colloquées au rang de leur hypothèque le 26 mai 1795. Mais sur l'appel, la cour de Liége, par arrêt du 13 janvier 1806, dit qu'il a été mal jugé, et ordonne que la dame Peiffer sera colloquée avant les demoiselles Delappe. Celles-ci se pourvoient en cassation; et le 18 février dernier, arrêt, au rapport de M. Bailly, par lequel, « vu les art. 5 du tit. 1, 37, 38 et » 39, tit. 3, de la loi du 11 brumaire an 7, » relativement au régime hypothécaire; con- » sidérant que, quand cette loi a voulu que des » Inscriptions fussent faites sur un registre » *public* à ce destiné, pour *conserver* les hy- » pothèques antérieures à sa promulgation, » elle n'a fait aucune distinction pour le cas » où cette hypothèque *acquise avant la faillite*, ne serait CONSERVÉE que depuis; que » l'art. 5 qui appartient au tit. 1, où il est » traité des hypothèques *pour l'avenir*, en » déclarant que l'Inscription qui serait faite » *dans les dix jours avant la faillite*, ne *con- » fère* point hypothèque, se concilie parfai- » tement avec les art. 37, 38 et 39 qui n'éta- » blissent qu'une formalité pour *conserver* » toutes sortes de droits d'hypothèques, *exis- » tans lors de la publication* de ces mêmes » articles, n'importe qu'à l'époque de cette » publication, le débiteur soit ou non en état » de *faillite;* considérant en fait qu'il ne s'agis- » sait point *d'acquérir* une hypothèque sur » les biens du banquier Franctz, mais qu'il » était question d'une *Inscription* prise pour » CONSERVER l'*effet et le rang* d'un *pignus prætorium* (doit d'hypothèque) qui avait été » conféré à la dame Peiffer, dès le 27 mai 1795; » et que le *pignus prætorium* des demoiselles » Delappe, quoique conféré le 26 du même » mois, n'a pas été inscrit dans le délai fatal » établi par la loi dudit jour 11 brumaire an 7; » d'où il suit, qu'en donnant la préférence à » l'hypothèque *conservée* de la dame Peiffer, » la cour d'appel de Liége s'est exactement » conformée au vœu et au texte de cette loi; » la cour rejette... ».

» C'est trop long-temps nous arrêter à notre deuxième question, passons à la troisième, et voyons si, comme l'a jugé la cour d'appel d'Aix, *la priorité de la dame Badaraque avait été reconnue par divers jugemens qui avaient été acquiescés, qui avaient reçu leur exécution, et qui ne pouvaient plus être révoqués.*

Quels sont les jugemens dont la cour d'appel fait ainsi dériver une exception de chose jugée pour la dame Badaraque?

« Est-ce celui du 11 août 1775, qui homologue le concordat du 7 juin précédent? Mais par cela seul qu'il ne fait qu'homologuer le concordat du 7 juin, il ne dit rien de plus que cet acte; et cet acte se borne à dire que *les créanciers privilégiés et hypothécaires seront payés des premiers fonds qui rentreront :* il ne règle certainement pas l'ordre dans lequel se feront les paiemens.

» Est-ce celui du 2 août 1788, ou celui du 24 novembre suivant, qui condamne le sieur Verdillon, en sa qualité de syndic des créanciers unis, à payer à la dame Badaraque une somme de 63,100 livres montant du prix qu'il avait reçu de trois maisons qui faisaient partie de sa dot? Mais ni dans l'un ni dans l'autre, il ne s'agissait des droits de la dame Badaraque sur les biens de son mari; il ne s'agissait, dans l'un et dans l'autre, que des droits de la dame Badaraque sur des sommes qui provenaient de son propre bien; et d'ailleurs ni l'un ni l'autre n'avaient pour objet le règlement des droits respectifs de la dame Badaraque et des frères Briançon, que représente le sieur Laugier.

» Est-ce celui du 6 décembre 1791, qui envoie la dame Badaraque en possession de celle de ses trois maisons qu'avait acquise le sieur Brunet, et condamne Verdillon en sa qualité, à lui payer le restant de sa dot?

» Mais, d'une part, ce jugement a été rétracté, quant à l'envoi en possession de la maison vendue au sieur Brunet, par un autre jugement rendu le 29 thermidor an 5, sur la tierce-opposition de deux des enfans de l'acquéreur.

» D'un autre côté, en condamnant le syndic des créanciers unis à payer à la dame Badaraque le restant de sa dot, en décidant, si l'on veut, que la dame Badaraque devrait être payée du restant de sa dot par préférence à tous les autres créanciers, ce jugement n'a fait que se référer à l'état où étaient alors les choses : la dame Badaraque était alors, par la date de son titre, la première en ordre d'hypothèque; elle n'avait, pour conserver son rang, aucune formalité à remplir; elle a usé de ses droits, elle a été payée en totalité de sa créance le 14 fructidor an 3; personne ne pouvait réclamer, personne n'a réclamé contre ce paiement; et la question aujourd'hui n'est pas de savoir si le paiement a été légitimement fait : tout le monde est d'accord sur l'affirmative.

» Mais la dame Badaraque a été évincée par le jugement du 29 thermidor an 5, de la maison qui lui avait été abandonnée à compte de sa créance pour une somme de 20,256 livres; et dès ce moment, redevenue créancière jusqu'à la concurrence de cette somme, elle

dû, pour conserver à ce restant de créance, l'hypothèque qu'elle tenait de son contrat de mariage, se conformer à ce que lui prescrivaient et la loi du 9 messidor an 3 et la loi du 11 brumaire an 7. Si elle l'a fait, nul doute que la priorité dont elle a été jugée, le 6 décembre 1791, devoir jouir pour la totalité de sa créance, ne lui appartienne encore pour la partie qui, par l'effet de son éviction, se trouvé non soldée. Mais si elle ne l'a pas fait, ce qui a été jugé le 6 décembre 1791, c'est-à-dire, sous l'ancien régime hypothécaire, ne peut pas la mettre à l'abri de la déchéance dont les nouvelles lois veulent que sa négligence soit punie. Ni la loi du 9 messidor an 3, ni celle du 11 brumaire an 7, ne dispensent de la nécessité de s'inscrire, les créanciers dont le rang hypothécaire avait été précédemment fixé par des jugemens; et dès qu'elles ne les en dispensent pas, ils y demeurent nécessairement soumis : pourquoi? parceque la règle générale embrasse nécessairement tous les cas qui ne sont pas soustraits à son empire par une exception formelle.

» Enfin, la question de savoir, si, dans l'état actuel de la législation, la dame Badaraque doit primer le sieur Laugier, a-t-elle été décidée par le jugement du 21 thermidor an 12, et par l'arrêt du 4 thermidor an 13 qui le confirme? Pas davantage. Ce jugement, cet arrêt n'ont décidé qu'une seule chose, savoir, que la dame Badaraque était redevenue, par l'éviction qu'elle avait soufferte en l'an 5, créancière d'une somme de 20,250 livres. Mais à quel rang devait-elle être colloquée pour cette somme? C'est sur quoi se sont tus et ce jugement et cet arrêt. Ils n'avaient rien à prononcer sur cette question : elle n'était même pas agitée au procès.

» Il est vrai que le sieur Laugier était partie dans ce jugement et dans cet arrêt. Mais en quelle qualité l'était-il? Individuellement? non. Il ne l'était que comme syndic des créanciers. C'est comme syndic des créanciers qu'il a été condamné à reconnaître la dame Badaraque créancière d'une somme de 20,250 livres. Et certes, après avoir été condamné à reconnaître, après avoir reconnu, *comme syndic*, la dame Badaraque pour créancière, il a très-bien pu, *comme créancier*, soutenir que la créancière qu'il avait reconnue, ne devait pas lui être préférée; il a très-bien pu exercer contre cette créancière le droit de préférence que lui assurait la loi.

» La cour d'appel d'Aix a donc faussement appliqué, et tout à la fois violé les lois relatives à l'autorité de la chose jugée, comme [redacted] violé les art. 37, 38 et 39 de la loi du 11 brumaire an 7, comme elle a faussement appliqué l'art. 23 et violé l'art. 29 de la même loi.

» Et par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt dont il s'agit ».

Ces conclusions ont été adoptées par un arrêt du 5 avril 1808, au rapport de M. Genevois. En voici le texte littéral :

« Vu les art. 23 et 31 de la loi du 11 brumaire an 7, concernant le régime hypothécaire; vu aussi les art. 4 et 31 de la loi du 11 brumaire an 7, concernant l'expropriation forcée; vu pareillement les art. 5, 37, 38 et 39 de ladite loi, concernant le régime hypothécaire;

» Considérant, en premier lieu, que, des dispositions des art. 23 et 31 de la loi concernant le régime hypothécaire, ainsi que des dispositions des art. 4 et 31 de la loi concernant l'expropriation forcée, il résulte;

» 1°. Que le renouvellement d'une Inscription hypothécaire ne devient nécessaire que dans le cas où cette Inscription n'aurait pas produit son effet légal avant l'expiration du délai de dix années; mais si, avant l'expiration de ce délai, le créancier en a fait usage pour établir son concours ou sa priorité d'hypothèque à l'égard des autres créanciers du débiteur commun, dès lors, le renouvellement de l'Inscription ne peut être nécessaire, ni même utile, puisque dans ce cas, l'Inscription elle-même n'a plus d'objet;

» 2°. Que dans le cas d'une vente par expropriation forcée, l'Inscription hypothécaire produit son effet dès le jour où l'adjudication de l'immeuble est annoncée et publiée par les affiches imprimées, puisque ces affiches doivent contenir l'*état des Inscriptions existantes sur l'immeuble*, au jour du commandement; puisqu'ensuite, c'est conformément à ces affiches, et d'après le certificat du conservateur des hypothèques, énonçant *toutes les Inscriptions existantes sur les biens aliénés* à cette même époque, que s'établit l'ordre entre les créanciers, que se fait la distribution du prix des immeubles adjugés;

» Considérant, en fait, que l'Inscription hypothécaire du sieur Laugier est sous la date du 27 ventôse an 4 (19 mars 1796); que le commandement en expropriation forcée de l'immeuble dont le prix a été mis en distribution, est sous la date du 6 vendémiaire an 14 (28 septembre 1805); que l'affiche pour expropriation est du 13 décembre suivant; que le procès-verbal d'ordre fut ensuite ouvert le 14 janvier 1806; et qu'enfin, ce procès-verbal a été signifié le 21 du même mois.

» Or, entre ces deux époques, 19 mars 1796, jour de l'Inscription, et 22 janvier 1806, jour de la signification de l'ordre, il ne s'était pas écoulé dix ans; et le sieur Laugier, exerçant dans cet intervalle les droits de son hypothèque, se présentait au concours avec une Inscription qui avait encore toute sa valeur, et qu'aucune prescription n'avait pu atteindre: alors le rang que cette Inscription assignait au sieur Laugier, dans le procès-verbal d'ordre, ainsi que la priorité d'hypothèque qui en devait résulter, étaient pour lui des droits irrévocablement acquis; et l'Inscription ayant produit tout l'effet que la loi entendait lui donner, il n'y avait plus de délai à courir, ni de prescription à craindre, la cour d'appel, en donnant pour motif à sa décision une prescription imaginaire, a donc fait la plus fausse application de l'art. 23 de la loi du 11 brumaire an 7, en même temps qu'elle a contrevenu aux dispositions ci-devant citées, tant de la loi sur le régime hypothécaire que de celle concernant l'expropriation forcée;

» Considérant, en second lieu, que si la loi ne permet aux créanciers d'une même faillite de se créer, les uns au préjudice des autres, des hypothèques après la faillite déclarée, il n'est défendu par aucune de ses dispositions, d'employer les moyens que cette même loi a prescrits *pour la conservation des hypothèques anciennes*, lorsque ces hypothèques sont assises sur les biens d'un débiteur failli; aussi l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, dont la cour d'appel s'est autorisée pour rejeter l'Inscription du sieur Laugier, dispose-t-il simplement que l'Inscription qui ne serait faite que dans les dix jours avant la faillite *ne confère point l'hypothèque*: le législateur n'est point allé jusqu'à dire qu'une telle Inscription *ne conservait pas l'hypothèque* antérieurement acquise; il eût été en contradiction avec son propre système, puisque, dans les art. 37, 38 et 39, il donne l'Inscription à l'effet de *conserver* les hypothèques acquises avant sa publication, de les *conserver* toutes indirectement, sans en excepter celles qui appartiendraient aux créanciers d'une faillite: observons d'ailleurs que, par ces articles de la loi, les créanciers d'une faillite n'y sont pas traités avec plus de faveur que les autres créanciers en général, et que s'ils ont voulu conserver les droits et le rang de leurs anciennes hypothèques, ils ont dû prendre des Inscriptions dans les délais prescrits;

» Considérant, en fait, que le titre hypothécaire du sieur Laugier est sous la date du 27 avril 1773, et que la faillite du débiteur commun (Alexandre Badaraque) est arrivée en 1774; que cette hypothèque, d'une date antérieure à l'événement de la faillite, a été inscrite le 19 mars 1796, tandis que l'Inscription de la veuve Badaraque n'a été prise que le 10 fructidor an 13, et postérieurement à tous les délais prescrits par la loi du 11 brumaire an 7; en sorte que son hypothèque, quoique constituée en 1768, n'était pourtant conservée qu'à la date de cette même Inscription, conformément à l'art. 39 de la loi de brumaire, d'où il suit que la cour d'appel, en donnant à cette hypothèque la priorité sur celle du sieur Laugier, et en déclarant nulle l'Inscription de ce dernier, a fait une fausse application de l'art. 5 de la loi de brumaire, en même temps qu'elle a contrevenu, sous deux rapports, aux art. 37, 38 et 39 de la même loi;

» Considérant, au surplus, que les jugemens dans lesquels la cour d'appel a cru trouver l'autorité de la chose jugée, sur la question de priorité d'hypothèque, agitée entre le sieur Laugier et la dame Badaraque, ont été rendus en 1783 et 1791, aux années 2, 5 et 12, et qu'à ces différentes époques, nulle question de préférence ou d'antériorité d'hypothèque ne s'était encore élevée entre le sieur Laugier et la dame Camoin; qu'ainsi, il est évident que ces jugemens n'ont pu présenter l'autorité de la chose jugée, sur une question qui, n'étant pas encore proposée, ne pouvait être le sujet des instances terminées par les mêmes jugemens,

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour d'appel séant à Aix, le 25 avril 1809....».

En exécution de cet arrêt, la cause a été de nouveau plaidée devant la cour d'appel de Grenoble, chambres assemblées; et par arrêt du 20 février 1809, cette cour a prononcé comme l'avait fait celle d'Aix.

Le sieur Laugier s'est encore pourvu en cassation contre cet arrêt.

Et le 15 décembre de la même année, il est intervenu, sections réunies sous la présidence du grand juge ministre de la justice, un nouvel arrêt de cassation, qui est rapporté, avec les conclusions qui l'ont précédé de ma part, dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 3.

Au surplus, le principe consacré par ces deux arrêts, que l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 n'est pas applicable aux Inscriptions prises pour la conservation d'anciennes

hypothèques, l'a encore été par un arrêt de l'année suivante.

Par un acte notarié du 4 janvier 1771, le duc de Crussol-d'Uzès avait constitué au profit de François-Pierre Ducluzel, une rente perpétuelle de 2500 livres, avec affectation de tous ses biens pour en assurer le service; et il était mort le 1er. germinal an 10, laissant une succession qui n'avait été acceptée que par bénéfice d'inventaire.

Le 10 floréal de la même année, le sieur Ducluzel s'était inscrit sur les biens de cette succession, pour la conservation de son hypothèque.

L'héritier bénéficiaire avait réclamé contre cette Inscription, et en avait demandé la nullité, en se fondant sur l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7.

Le 7 mai 1808, jugement qui en effet la déclare nulle. Mais sur l'appel, arrêt de la cour de Paris, du 23 août suivant, qui la maintient, « attendu qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une ancienne hypothèque conservée » par une Inscription prise antérieurement » à la promulgation du Code civil ».

En motivant ainsi cet arrêt, la cour d'appel de Paris ne voulait sans doute pas dire que l'Inscription eût été nulle, si elle eût été prise postérieurement à la promulgation de l'art. 2146 du Code civil, mais seulement que la validité en était d'autant plus palpable, que l'on ne pouvait pas même se faire un prétexte de cet article pour la critiquer.

Quoi qu'il en soit, cet arrêt a été frappé d'un recours en cassation, mais inutilement: la section civile l'a maintenu par arrêt contradictoire du 5 septembre 1810, au rapport de M. Babille,

« Attendu qu'*en admettant même que l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 fût, dans le système de cette loi, applicable au cas de la succession bénéficiaire comme à celui de la faillite*(1), cet article était sans influence dans l'espèce où l'hypothèque de Ducluzel étant de 1791, antérieure par conséquent à cette loi, il s'agissait, non pas d'acquérir au préjudice d'autres créanciers, un droit hypothécaire, mais seulement de conserver un droit préexistant;

» Que cette différence entre acquérir ou conserver une hypothèque, résulte d'abord des termes mêmes de la loi; qu'elle résulte encore de la distinction faite par la loi elle-même entre les hypothèques qui auront lieu à l'avenir et celles du passé, puisqu'elle a placé chacune de ces hypothèques sous un titre distinct et séparé, sans rappeler, par rapport aux hypothèques du passé, la prohibition que, quant aux faillites et aux successions bénéficiaires, elle venait d'établir relativement aux hypothèques à venir; et que la jurisprudence de la cour a constamment et formellement fait et établi cette différence, notamment par l'arrêt qu'elle a rendu en sections réunies, le 1er. décembre 1809, sous la présidence du grand-juge ministre de la justice;

» D'où il suit qu'en maintenant l'Inscription hypothécaire de Ducluzel, quoique frappant sur une succession bénéficiaire, l'arrêt attaqué, loin de violer cet art. 5, s'est au contraire exactement conformé au texte et au vœu des art. 37, 38 et 39 du tit. 3 de la même loi ».

II. La seconde question est traitée dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 3, no. 2.

> §. X. *Le créancier hypothécaire en première ligne, qui, avant la loi du 11 brumaire an 7, avait renoncé à son hypothèque en faveur du créancier qui le suivait immédiatement, peut-il, en faisant inscrire son hypothèque, opposer à celui-ci la non-Inscription de la sienne dans le délai fixé par l'art. 37 de cette loi?*

Voici ce qu'a prononcé sur cette question un arrêt de la cour de cassation, du 26 mai 1807.

« Les sieurs Kauffmann et Foliverzy (nous copions le *Bulletin civil* de cette cour) étaient respectivement créanciers hypothécaires des sieur et dame Péters.

» Foliverzy, dont l'hypothèque était antérieure à celle de Kauffmann, a, par une convention passée le 26 mars 1789, devant la justice de Bonn, consenti que ce dernier lui fût préféré.

» La loi du 11 brumaire an 7, relative aux hypothèques, ayant été publiée, Foliverzy a pris une Inscription dans le délai fixé par cette loi, et a conservé ainsi son hypothèque à la date de son titre de créance.

» Mais la créance de Kauffmann n'ayant été inscrite qu'après ce délai, elle ne devait prendre rang que du jour de l'Inscription.

(1) Ce que l'arrêt ne fait ici que supposer, ne peut pas faire la matière d'un doute. *V.* les conclusions du 4 thermidor an 12, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, à l'article *Succession vacante*, §. 1.

» Cependant aucun autre créancier ne s'étant fait inscrire, les droits de Foliverzy n'avaient point éprouvé d'altération par l'Inscription tardive de Kauffmann.

» Celui-ci a demandé en conséquence à être maintenu dans le droit de priorité à lui acquis par le contrat judiciaire du 26 mars 1789.

» Mais Foliverzy a prétendu qu'il était rentré dans ce droit, parceque Kauffman avait négligé de prendre Inscription en temps utile.

» Le tribunal civil de Bonn, se fondant sur les dispositions des art. 1101, 1134 et 1135 du Code civil, et sur les lois 29, C. *de pactis*, §. 1, D. *de obligationibus*, et 1, §. 6, D. *depositi vel contrà*, a ordonné l'exécution du pacte judiciaire de 1789.

» Appel; et le 20 pluviôse an 13, arrêt par lequel la cour d'appel de Trèves a déclaré qu'il avait été mal jugé, et a accueilli la prétention de Foliverzy, attendu que Kauffmann n'aurait pu conserver le rang qui lui avait été assigné par le traité de 1789, qu'autant qu'il se serait conformé à la loi du 11 brumaire an 7, en prenant une Inscription en temps utile.

» Fausse application de la loi du 11 brumaire an 7, et violation des dispositions du Code civil sur le respect dû aux conventions.

» L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Chasles, l'un des juges, les observations de Grisart, avocat du demandeur, et les conclusions de M. Jourde, substitut du procureur-général;

» Vu les art. 1134 et 1135 du Code civil....,

» Attendu que l'objet du procès n'était pas de régler l'ordre et le rang dans lequel les parties dussent être colloquées d'après les titres de leurs créances et les Inscriptions prises en conséquence; mais simplement de décider si la convention qu'elles avaient faite en jugement de la justice de Bonn, le 26 mars 1789, par laquelle le défendeur avait abandonné la préférence au demandeur, et consenti à ne prétendre son remboursement qu'après lui, devait recevoir son exécution, indépendamment du fait que le demandeur n'a pris Inscription qu'après l'expiration du délai fixé par la loi de brumaire an 7;

» Attendu que le retard de l'Inscription du demandeur n'a porté aucun préjudice aux intérêts du défendeur; qu'aucune Inscription nouvelle, de la part des tiers-créanciers des débiteurs communs, n'est venue troubler l'ordre dans lequel les parties se sont placées par leur traité du 26 mars 1789, et qu'aucune circonstance ultérieure ne les prive du rang qu'elles se sont réciproquement assigné;

» Qu'ainsi, la cour d'appel de Trèves aurait dû prendre pour règle de sa décision les lois qui prescrivent le maintien des conventions légalement formées, et ne pas appliquer à celle qui fait l'objet du procès, les dispositions de la loi du 11 brumaire an 7, qui lui sont tout-à-fait étrangères;

» La cour casse et annulle.....».

§. XI. *Peut-on prendre une Inscription hypothécaire en vertu d'une condamnation prononcée, ou d'une contrainte décernée par une autorité administrative?*

L'affirmative est clairement établie par un avis du conseil d'état, du 16 thermidor an 12, approuvé le 25 du même mois, et ainsi conçu :

« Le conseil d'état, qui, après avoir entendu le rapport des sections de législation et des finances, sur le renvoi qui leur a été fait de celui du ministre du trésor public, présentant la question de savoir si le §. 2 de l'art. 3 de la loi du 11 brumaire an 7 sur le régime hypothécaire, et l'art. 2133 du Code civil des Français, qui accordent l'hypothèque aux *condamnations judiciaires*, à la charge d'Inscription, s'appliquent aux actes émanés de l'*autorité administrative*;

» Considérant que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer des condamnations ou de décerner des contraintes, sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires; et que ces actes ne peuvent être l'objet d'aucun litige devant les tribunaux ordinaires, sans troubler l'indépendance de l'autorité administrative, garantie par les constitutions de l'empire français;

» Est d'avis,

» 1°. Que les condamnations et les contraintes émanées des administrateurs, dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire;

» 2°. Que, conformément aux art. 2157 et 2159 du Code civil des Français, la radiation non consentie des Inscriptions hypothécaires faites en vertu de condamnations prononcées, ou de contraintes décernées par l'autorité administrative, doit être poursuivie devant les tribunaux ordinaires; mais que, si le fond du droit y est contesté, les parties doivent être renvoyées devant l'autorité administrative ».

Cet avis n'ayant point été inséré au bulletin des lois, et étant par conséquent resté inconnu, la question qu'il avait décidée, s'est représentée depuis, et a encore été résolue de même par un nouvel avis du 27 octobre 1811, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation le 12 novembre suivant.

« Le conseil d'état (porte ce second avis), qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section des finances, sur celui du ministre de ce département, présentant la question de savoir *s'il peut être pris Inscription hypothécaire en vertu des contraintes* que l'art. 32 de la loi du 22 août 1791 autorise l'administration des douanes à décerner pour le recouvrement des droits dont il est fait crédit, et pour défaut de rapport des certificats de décharge des acquits à caution;

» Vu 1°. les art. 32 et 33 de la loi précitée; 2°. l'avis du conseil d'état, approuvé par sa majesté le 25 thermidor an 12, duquel il résulte *que les administrateurs auxquels les lois ont attribué, pour les matières qui y sont désignées, le droit de prononcer les condamnations ou de décerner des contraintes, sont de véritables juges, dont les actes doivent produire les mêmes effets et obtenir la même exécution que ceux des tribunaux ordinaires; qu'en conséquence, les condamnations et les contraintes émanées des administrateurs, dans les cas et pour les matières de leur compétence, emportent hypothèque de la même manière et aux mêmes conditions que celles de l'autorité judiciaire;*

» Considérant que la question proposée par le ministre, est décidée par l'avis précité; mais que cet avis n'a point été inséré au bulletin des lois, et qu'il est nécessaire de lui donner la publicité légale, afin que les parties intéressées en aient connaissance;

» Est d'avis que des ordres soient donnés par sa majesté, pour que l'avis du conseil approuvé le 25 thermidor an 12, soit inséré au bulletin des lois ».

V. l'art. 4 de la loi du 29 floréal an 10, rapporté au mot *Chemin* (*grand*), n°. 14, et l'avis du conseil d'état du 12 novembre 1811, rapporté au mot *Débet*.

§. XII. *Doit-on tenir pour valable une Inscription hypothécaire prise sur les héritiers de telle personne, sans désignation des prénoms, profession, domicile du débiteur décédé, sans aucune indication qui puisse aider à distinguer quel est, parmi plusieurs personnes du même nom qui sont mortes, l'individu sur les héritiers duquel le créancier a entendu s'inscrire?*

Le 25 floréal an 13, les administrateurs des hospices de Tours prennent, au bureau de Chinon, une Inscription hypothécaire contre *les héritiers Duplessis-Richelieu*, et sur tous les biens situés dans l'arrondissement de ce bureau, pour la conservation des hypothèques de trois rentes qui avaient autrefois appartenu à un couvent de la Visitation, et à la sûreté desquelles le maréchal de Richelieu, en les constituant, avait hypothéqué tous ses biens.

L'année suivante, les héritiers de Pierre Deumier, ancien créancier de la famille de Richelieu, prennent une Inscription hypothécaire sur les mêmes biens.

Peu de temps après, le château et les dépendances de la terre de Richelieu sont vendus par les trois enfans et héritiers de M. Duplessis-Richelieu de Fronsac, savoir, M. Duplessis-Richelieu, officier général au service de la Russie, la dame de Montcalm et la dame de Jumilhac; et un procès-verbal d'ordre est ouvert pour la distribution du prix.

Là, s'élève la question de savoir si l'Inscription des hospices de Tours est valable. Les héritiers de Pierre Deumier soutiennent la négative.

Le 5 mai 1809, jugement qui, en effet, la déclare nulle, « attendu que cette Inscription » a été prise sur les héritiers Duplessis-Richelieu, sans aucune indication individuelle » qui peut faire reconnaître le débiteur, » mais bien une indication générale, sans » spécifier si ce sont les héritiers de Duplessis-Richelieu-Fronsac, dernier duc, lequel » n'a souscrit aucune obligation ni approuvé » aucune créance; si ce sont les héritiers de » Louis-Armand, maréchal de France, aïeul; » enfin, si ce sont ceux d'Armand-Jean, bisaïeul, lequel avait constitué la première » des trois rentes dont les hospices de Tours » sont devenus propriétaires; et que, dans » l'Inscription à faire sur les biens d'une » personne décédée, il doit être fait désignation du défunt ».

Les hospices de Tours appellent de ce jugement; et par arrêt du 26 janvier 1810, la cour d'Orléans le réforme,

« Attendu que l'Inscription prise par les » hospices de Tours, le 25 floréal an 13, sur » les héritiers Duplessis-Richelieu, contient » les énonciations voulues par la loi, et d'une » manière suffisante, pour ne laisser aucun » doute, soit sur les biens frappés d'hypo-

» thèque, soit sur les parties grevées de » l'Inscription, puisqu'il est convenu en fait, » que la masse des biens des trois successions » qui se sont successivement ouvertes dans » la famille de Richelieu, se trouve dans les » mains des héritiers actuels du sieur Riche- » lieu-Fronsac ».

Les héritiers de Pierre Deumier se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

« L'art. 2149 du Code civil (disent-ils) porte, à la vérité, que *les Inscriptions à faire sur les biens d'une personne décédée, pourront être faites sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est dit au n°. 2 de l'article précédent;* mais de là même il résulte, et le n°. 2 de l'art. 2148 dit expressément, qu'en ce cas, l'Inscription doit contenir *les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue, ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque.*

» Or, l'Inscription dont il s'agit, ne contient ni les prénoms, ni le domicile, ni la profession du débiteur originaire, ni aucune *désignation individuelle et spéciale* qui puisse y suppléer.

» Depuis la mort du cardinal de Richelieu, il y a eu quatre individus auxquels le nom de *Duplessis-Richelieu* peut s'appliquer : le duc de Richelieu, le maréchal, le duc de Fronsac et le fils de ce dernier. Il faut donc, pour distinguer l'individu dont les héritiers sont grevés par l'Inscription des hospices de Tours, il faut, de l'aveu de la cour d'Orléans, le chercher parmi trois personnes qui se sont succédées; et il faut encore que les mêmes héritiers aient réuni les biens de ces trois successions. Mais il était possible que les trois successions ne fussent pas dévolues aux mêmes héritiers.

» Que devenait alors la désignation collective *d'héritiers Duplessis-Richelieu*, que la cour d'Orléans a jugé équipoller a une *désignation individuelle et spéciale?* Il n'est sûrement pas permis de motiver sur un fait qui n'est pas même justifié, une dérogation à une loi formelle dont l'application doit être toujours et partout uniforme ».

Par arrêt du 2 mars 1812, au rapport de M. Chabot, après partage et contre les conclusions de M. l'avocat général Daniels,

« Attendu que, suivant l'art. 2149 du Code civil, les Inscriptions sur les biens d'une personne décédée, peuvent être faites sous la simple désignation du défunt, ainsi qu'il est dit au n°. 2 de l'article précédent;

» D'où il suit que la désignation des héritiers n'est pas nécessaire; que le n°. 2 de l'art. 2148 après avoir dit que les bordereaux pour une Inscription contiendraient les nom, prénoms, domicile du débiteur, et sa profession, s'il en a une connue, admet comme équipollente, une désignation individuelle et spéciale telle que le conservateur puisse reconnaître et distinguer, dans tous les cas, l'individu grevé d'hypothèque; qu'il résulte de la construction grammaticale de la phrase, ainsi que des motifs qui ont fait autoriser une désignation équipollente, qu'elle n'a pas uniquement pour objet de suppléer l'indication de la profession du débiteur,

» Qu'ainsi, dans l'espèce, l'arrêt dénoncé a pu, en faisant une juste application des art. 2148 et 2149 du Code civil, juger en fait, d'après les circonstances particulières, qu'il y avait équipollence et désignation suffisante du débiteur, dans l'Inscription qui a été prise par les défendeurs sur les héritiers Duplessis-Richelieu;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

§. XIII. *La disposition de l'art. 444 du Code de commerce qui annulle les Inscriptions prises sur les biens d'un failli dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de sa faillite, est-elle applicable aux Inscriptions prises sur les biens d'un débiteur non commerçant, dans les dix jours antérieurs à la manifestation de son état de déconfiture?*

L'affirmative ne serait susceptible d'aucun doute si, par le mot *failli*, l'art. 444 entendait tout débiteur quelconque, commerçant ou non, qui a cessé ses paiemens.

Mais dans cet article, comme dans ceux qui le précèdent et le suivent, le Code de commerce ne s'occupe que du débiteur commerçant; et il est constant qu'un débiteur non commerçant ne peut pas être déclaré *failli*, dans le sens que le Code de commerce attache à ce mot (1). Aussi, comme on le verra à l'article *Vente*, §. 1, art. 1, n°. 12, a-t-il été jugé par un arrêt de la cour de cassation, du 2 septembre 1812, que les dispositions du Code de commerce d'après lesquelles le *failli* ne peut vendre ses biens au préjudice de ses créanciers, ne sont point applicables à la vente que fait, en état de déconfiture, un propriétaire non commerçant.

(1) *V.* l'article *Faillite* et *Banqueroute*, sect. 2, §. 2, art. 4.

On ne peut donc pas argumenter de l'art. 444 du Code de commerce, pour faire annuler une Inscription prise sur les biens d'un débiteur non commerçant dans les dix jours antérieurs à la manifestation de sa déconfiture.

Mais n'y a-t-il pas d'autres lois d'après lesquelles une pareille Inscription devrait être déclarée nulle?

L'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7 n'aurait pas permis de la maintenir, puisqu'il déclarait nulle toute Inscription prise sur les biens *d'un débiteur* dans les dix jours qui précédaient, soit sa *faillite* ou *banqueroute*, soit sa *cessation publique de paiement*.

Mais en disposant d'une manière aussi générale et qui comprenait visiblement (comme je l'ai dit dans des conclusions du 29 messidor an 12, rapportées dans mon *Recueil de Question de droit*, aux mots *Succession vacante*, §. 1), le cas de faillite d'un débiteur commerçant, aussi bien que le cas de déconfiture d'un débiteur non commerçant, cet article introduisait une innovation, et dérogeait notamment à la déclaration du 18 novembre 1702, ainsi qu'à l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3, qui ne rendaient sans effet les hypothèques acquises, suivant l'une, dans les dix jours antérieurs à la faillite, et suivant l'autre, dans les dix jours antérieurs *à la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement*, que lorsqu'il s'agissait des biens d'un débiteur commerçant.

Cette innovation a-t-elle été adoptée par le Code civil?

On cite pour l'affirmative, l'art. 2146 de ce Code, aux termes duquel sont sans effet, 1°. *les Inscriptions prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls; 2°. entre les créanciers d'une succession, l'Inscription qui n'a été faite par eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire;* et voici comment on raisonne :

Dans cet article, le mot *faillite* est évidemment synonyme de *déconfiture;* et la preuve en résulte de l'assimilation que les art. 1270, 1446, 1613, 1913 et 2032 établissent entre la déconfiture et la faillite. Pourquoi d'ailleurs l'Inscription prise par le créancier d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, est-elle déclarée nulle par l'art. 2146? C'est uniquement parceque la succession qui n'est acceptée que de cette manière, se trouve, par cela seul, en état de cessation de paiement; c'est conséquemment par un motif qui s'applique avec toute sa force à l'Inscription prise sur les biens d'un débiteur vivant, mais en état de déconfiture, n'importe qu'il soit ou non commerçant.

On a vu aux mots *Faillite* et *Banqueroute*, sect. 2, §. 2, art. 3 *bis*, que c'est en raisonnant ainsi que, par arrêt du 7 février 1810, la cour d'appel de Bruxelles a déclaré nulles les Inscriptions prises par divers créanciers du sieur B...., président d'un tribunal de première instance, dans les dix jours antérieurs à la manifestation de sa déconfiture.

Mais on y a vu en même temps que, pour prononcer ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a été obligée d'aller jusqu'à mettre en principe qu'un débiteur non commerçant peut aussi bien être déclaré failli avec nomination d'agens, de juge-commissaire et de syndics, que s'il faisait du commerce sa profession habituelle; et c'est assez dire que ce système est insoutenable.

On ne le défendrait pas mieux, soit par la prétendue assimilation que fait le Code civil de la faillite à la déconfiture, soit par l'argument tiré de la disposition de l'art. 2146 qui annulle les Inscriptions prises sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire; et c'est ce qu'a parfaitement démontré la cour d'appel de Toulouse par un arrêt dont voici l'espèce.

Dans les dix jours antérieurs au 8 novembre 1806, les sieurs Davescens-Moncal, Cassenac, Bonafoux et Combes prennent des Inscriptions hypothécaires, les uns en vertu d'obligations notariées, les autres en vertu de jugemens, sur les biens de Jean-Jacques Raynaud.

Le 8 novembre 1806, celui-ci déclare devant un notaire « que des circonstances » malheureuses l'ont d'abord obligé de se » livrer à des emprunts ruineux sous le rap- » port d'intérêts usuraires, et que n'ayant » pu se libérer de ses premiers emprunts, il » a successivement renouvelé ses engagemens » et accumulé les intérêts aux capitaux, et » par voie de suite payé l'intérêt de l'in- » térêt; mais s'étant aperçu trop tard du dés- » ordre de ses affaires, puisqu'il est dans » l'impossibilité absolue de satisfaire aux » engagemens dont le terme est échu; qu'il » a consenti à certains de ses créanciers » des obligations publiques, et que *d'autres* » *ont obtenu des condamnations contre lui,* » et comme il importe audit sieur compa- » rant que tous ses créanciers aient une égale » part dans la distribution des deniers qui » proviendront de la vente de ses biens, pro- » portionnellement au montant de ses créan- » ces, sans qu'aucun puisse se prévaloir sur

» l'autre, sous prétexte qu'ils sont porteurs » d'obligations publiques, *jugemens de con-* » *damnation ou autrement, ledit sieur Ray-* » *naud, comparant, déclare à ses créanciers,* » *en la personne de nous notaire, que dès ce* » *moment il cesse ses paiemens,* et qu'en » conséquence il n'en fera aucun à compter » de ce jour, et qu'il leur donnera l'état de » son actif et de son passif, afin qu'il puisse » être pris l'arrangement qui pourra le mieux » convenir à leurs intérêts; protestant contre » les poursuites et diligences qu'ils pourraient » faire contre lui, malgré le contenu du pré- » sent, de tout quoi Raynaud a requis acte qui » lui a été concédé ».

D'après cette déclaration, l'état des dettes actives et passives du sieur Raynaud est déposé, le 27 mars 1807, au greffe du tribunal de première instance de Castres.

Ses biens sont en conséquence vendus par expropriation forcée à la requête de l'un de ses créanciers; et dans l'ordre du prix de ces biens, s'élève la question de savoir quel doit être l'effet des Inscriptions dont se prévalent les sieurs Davescens-Moncal, Cassenac, Bonnafoux et Combes.

Le 13 mars 1810, jugement du tribunal de Castres qui les déclare nulles,

« Attendu que, de l'aveu de toutes les parties, le sieur Raynaud n'ayant pas exercé de commerce, le dérangement de ses affaires ne saurait constituer une véritable faillite, ni par conséquent donner lieu à l'application des règles et formalités uniquement relatives aux négocians tombés dans ce malheureux état; mais que son insolvabilité, lors de sa suspension de paiement, n'en demeure pas moins vérifiée par l'insuffisance du prix de ses biens à l'acquit de ses dettes passives, et doit remonter à une époque plus reculée, puisqu'il n'en est pas même allégué de cause récente;

» Attendu que, si les négocians étaient les seuls contre lesquels il ne pût être acquis d'hypothèques valables dans les dix jours antérieurs à leur faillite, d'après la déclaration du 18 novembre 1702 et l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3, cette mesure fut généralisée par l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, qui, au mot *commerçant* employé dans les lois précédentes, substitua, non sans dessein, celui de *débiteur*, propre à tous individus grevés de dettes quelle que fût leur profession et qualité;

» Attendu que cette nouvelle jurisprudence est formellement consacrée dans le Code civil où il n'est posé de principes en matière de commerce, qu'autant qu'ils sont des rapports à la matière civile; on y lit en effet, art. 2146 : *les hypothèques ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites, sont déclarés nuls.* Cette disposition qui n'est restreinte par aucune exception ni modification, annulle, au cas prévu, les hypothèques quelconques, sans acception de la qualité du débiteur, et n'assigne que pour terme de comparaison le délai pendant lequel les actes antérieurs aux faillites sont présumés faits en fraude des créanciers, sans doute parceque l'Inscription requise contre un propriétaire à l'approche de sa déconfiture, présentant les mêmes suspicions que les avantages obtenus sur un négociant près de faillir, exigeait le même intervalle d'épreuve qui n'eût pu être déterminé à un certain nombre de jours dans le Code civil, sans anticiper sur le Code de commerce et en gêner la discussion préparatoire ».

Mais sur l'appel, arrêt qui réforme ce jugement et maintient les Inscriptions attaquées,

« Attendu que l'unique moyen de nullité proposé contre l'Inscription du sieur Davescens-Moncal est pris de ce que cette Inscription a été faite dans les dix jours antérieurs à la mise en déconfiture du sieur Raynaud;

» Or, ce moyen manque, et dans le fait et dans le droit. Suivant Ferrière, dans son Dictionnaire de pratique, au mot *Déconfiture*, ce mot signifie l'insolvabilité d'un débiteur dont les biens sont saisis et qui a plusieurs créanciers qu'il n'est pas en état de satisfaire après discussion faite de ses biens. Il faut, donc, ajoute cet auteur, pour qu'un homme soit déconfit et insolvable, que tous ses biens tant meubles qu'immeubles aient été saisis et vendus publiquement et que le prix qui en est provenu ne soit pas suffisant pour satisfaire ses créanciers.

» Or, dans l'hypothèse de la cause, aucune saisie n'avait été faite sur les biens du sieur Raynaud à l'époque de l'Inscription dont il s'agit; il déclare seulement, cinq jours après, devant un notaire, qu'il n'était pas en état de payer ses créanciers, et qu'il cesserait en conséquence ses paiemens, déclaration insolite respectivement aux particuliers non négocians et insuffisante pour constater à leur égard un état de déconfiture. Ainsi donc, en supposant que les principes reçus en matière de faillite touchant la nullité des Inscriptions prises dix jours avant leur ouverture puissent recevoir une application à la déconfiture d'un particulier non négociant, tel que le sieur Raynaud, ces prin-

cipes ne pourraient régir la cause actuelle, la déconfiture du sieur Raynaud n'ayant été établie que bien long-temps après l'échéance dudit jour, à dater de l'Inscription prise par le sieur Davescens-Moncal; mais on ne peut admettre qu'il y ait identité de principes en matière de faillite et de déconfiture respectivement au sort que doivent éprouver les Inscriptions hypothécaires. Il est d'abord hors de doute qu'un particulier étranger à la profession du négoce, ne peut jamais être réputé failli, si, comme le disent les auteurs du Répertoire de jurisprudence, sur le mot *Faillite*, on entend par *Faillite*, un état dans lequel se trouve un marchand, banquier ou négociant dont les affaires sont tellement dérangées qu'il est dans l'impossibilité de remplir les engagemens qu'il a contractés et d'acquitter les sommes dont il est débiteur; aussi n'est-il question de ce genre de décadence que dans les lois relatives au commerce; elles seules ont déterminé les signes caractérisques d'une ouverture de faillite et réglé les effets qui devaient en être le résultat. Que l'on parcoure les lois civiles, et l'on n'y trouvera pas une seule disposition qui indique qu'un particulier non-négociant peut tomber dans un état de faillite, pas une seule qui détermine l'époque à partir de laquelle on doit proscrire les engagemens, les aliénations, les concessions d'hypothèques et les paiemens faits par un pareil individu. Il faut donc bien se garder d'appliquer à son égard les lois commerciales en matière de faillite, lois qui ne peuvent exercer un empire que sur les faillis, qualité infamante dont un particulier non-négociant ne peut jamais être atteint.

» D'où sont cependant partis les premiers juges pour annuler l'Inscription du sieur Davescens-Moncal? Ils ont argumenté d'abord de l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7.

» Mais outre que ce n'est point cette loi qui doit régir la cause, puisque ce n'est point sous son empire que fut faite l'Inscription dont il s'agit, l'interprétation que lui ont donnée les premiers juges pourrait être le fruit de l'erreur. En disposant, ainsi qu'il fit par cet article, le législateur entendit seulement renouveler les dispositions de la déclaration du 18 novembre 1702, qui, exclusivement consacrée aux matières commerciales, proscrivait les transports, cessions et hypothèques constatés par les négocians faillis dans les dix jours qui avaient précédé l'ouverture de leur faillite. Vainement veut-on conclure des mots *ou cessation publique de paiemens*, qu'on trouve dans l'article précité, que c'était là une disposition générale qui s'appliquait à tous les individus. Le débiteur dont s'occupait cet article, en parlant de la cessation publique de ses paiemens, n'était et ne pouvait être que négociant, parceque le négociant seul correspond au public par ses opérations, et que c'est ainsi respectivement à lui seul qu'une cessation de paiement peut être regardée comme publique. Le principal but de l'article en question fut de déterminer l'époque de la faillite du négociant, au moment où il était public que le cours de ses paiemens avait pris fin. En quoi il renchérit sur l'art. 1er. du tit. 11 de l'édit de 1673 qui ne reconnaissait cette ouverture qu'autant que le débiteur s'était retiré ou que le scellé avait été apposé sur ses biens. Et comment concevoir que cette loi du 11 brumaire entendait placer sur la même ligne le négociant failli et le particulier dérangé dans ses affaires, lorsqu'on réfléchit que, par l'art. 8 du chapitre relatif à l'expropriation forcée, elle n'interdisait au débiteur saisi le droit de disposer des immeubles dont on poursuivait l'expropriation, que par les notifications à lui faites des procès-verbaux d'affiche. Elle distinguait donc le particulier, quoiqu'en proie à une procédure en expropriation, du négociant en état de faillite. Celui-ci est en effet privé, dès l'instant même de sa chute, de toute administration de ses biens, tandis que l'autre a la faculté même d'aliéner ses biens quoique frappés de l'exécution la plus rigoureuse de toutes, d'une saisie immobilière (1).

---

(1) L'interprétation que la cour royale de Toulouse donne ici à l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, me paraît détruite, comme je l'ai dit dans les conclusions déjà citées, du 9 messidor an 12, par le soin que prend cet article, en reproduisant la disposition de l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3, de substituer au mot spécial *commerçant* employé dans cette disposition, le mot général et indéfini *débiteur*.

Il y a d'ailleurs deux raisons qui paraissent s'opposer à ce qu'on restreigne ainsi, dans cet article, l'acception générale et indéfinie de ce dernier mot. La première, c'est que, comme je l'ai établi dans les mêmes conclusions, il faudrait, pour restreindre ainsi ce mot, faire dire à l'art. 5 de la loi du 11 brumaire an 7, que l'on peut prendre Inscription sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, absurdité que l'on ne peut pas supposer à cet article. La seconde, c'est que la loi dont cet article fait partie, abroge expressément la loi du 9 messidor an 3, et que, par conséquent elle ne peut pas être censée s'y référer, en tant que celle-ci restreignait au cas de faillite des commerçans, la nullité des hypothèques acquises

» Mais c'est moins cette loi qu'il faut consulter que le Code civil sous l'empire duquel le sieur Davescens-Moncal a fait inscrire sa créance.

» L'art. 2146, dont les premiers juges ont encore argumenté dans leurs motifs, est conçu dans les termes suivans : *Les Inscriptions ne peuvent produire aucun effet si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'Inscription n'a été faite par eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire.*

» Dans le premier de ces deux membres de l'article, il s'agit nominativement de faillites.

» Or, un négociant seul peut faillir. C'est donc respectivement à lui seul que la nullité des Inscriptions prises dans les dix jours est prononcée; vainement voudrait-on prétendre que les mots *faillite* et *déconfiture* doivent être regardés comme synonymes; ce n'est qu'un système arbitraire réprouvé par la loi; elle a eu grand soin de distinguer les deux mots l'un de l'autre; elle n'a pas manqué de les comprendre dans ses dispositions, lorsqu'elle a voulu que les situations auxquelles ils se réfèrent respectivement, produisissent des effets identiques. Ainsi, l'art. 1446 du Code civil dispose-t-il, que les créanciers personnels de la femme peuvent, dans le cas de faillite ou de déconfiture du mari, exercer les droits de leur débitrice jusques à concurrence du montant de leurs créances. L'art. 1613 veut que le vendeur ne puisse être obligé à la délivrance de l'objet, si depuis la vente l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture; suivant l'art. 1276, le créancier qui a déchargé le débiteur, par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte ou tombé en déconfiture au moment de la délégation; l'art. 1913 déclare que le capital de la rente constituée en perpétuel devient exigible en cas de faillite ou de déconfiture du débiteur; enfin l'art. 2032 autorise la caution, même avant qu'elle ait payé, d'agir contre le débiteur, lorsque ce débiteur a fait faillite ou déconfiture.

» Ainsi donc toutes les fois que le législateur a voulu mettre la faillite et la déconfiture sur la même ligne, il n'a pas manqué de l'exprimer. Il resulte des divers articles qu'on vient de citer, que les effets produits par la déconfiture sont toujours communs à la faillite, parceque le négociant failli ne peut être regardé que comme déconfit; mais la loi n'a pas établi l'inverse; car elle n'a dit nulle part que le particulier déconfit devait être regardé comme failli : ce qui le prouve, c'est l'article même 2146, qui, en fixant le délai à compter duquel les Inscriptions sont invalides, en matière de faillite, ne parle en aucune sorte des déconfitures, tandis que ces deux termes sont mis de front dans une foule d'autres articles relatifs au cas où le législateur a voulu que la déconfiture et la faillite fussent soumises aux mêmes règles. C'est donc respectivement au failli seul que la loi prononce la nullité des Inscriptions prises dans les dix jours. Soutenir que cette nullité doit frapper encore les Inscriptions dirigées contre les particuliers en déconfiture, ce serait se livrer à une extension arbitraire, chose d'autant plus impraticable, qu'il s'agit d'une disposition irritante d'une loi pénale qui doit être sévèrement restreinte à son sujet.

» De droit commun, chacun a la libre disposition et administration de ses biens sous les modifications établies par les lois; c'est là disposition de l'art. 529 du Code civil. Ces modifications n'existent, quant aux particuliers, que dans le cas de la mort civile, de l'interdiction ou de la nomination d'un conseil judiciaire; celui de la faillite a été encore introduit

---

dans les dix jours antérieurs à la cessation publique de paiement.

Inutile donc de dire avec la cour royale de Toulouse qu'une cessation de paiemens ne peut être *publique* qu'à l'égard d'un commerçant. Le contraire est prouvé par une foule d'exemples notoires.

L'argument que tire la cour royale de Toulouse de l'art. 8 de la seconde loi du 11 brumaire an 7, relative à l'expropriation forcée, n'est pas plus concluant. De ce que cet article *n'interdisait au débiteur saisi le droit de disposer des immeubles dont on poursuivait l'expropriation, que par les notifications à lui faites des procès-verbaux d'affiches,* il ne s'ensuit pas que cet article ne concernait que le débiteur non commerçant. En effet, un commerçant n'est pas en faillite par cela seul qu'il laisse vendre un de ses immeubles par expropriation forcée. A la vérité, on ne l'exproprie que parcequ'il refuse de payer; mais, d'une part, son refus de payer peut avoir pour objet une dette non-commerciale; et, de l'autre, eût-il pour objet une dette commerciale, il ne formerait pas toujours une preuve de cessation proprement dite de paiement, puisqu'il pourrait être motivé sur la prétention bien ou mal fondée qu'afficherait le débiteur de ne rien devoir au poursuivant, sans que le débiteur en continuât moins de faire honneur à ceux de ses engagemens dont il reconnaîtrait la légitimité.

mais c'est respectivement aux seuls négocians. Des modifications appropriées à ce dernier cas ne peuvent donc atteindre les individus étrangers à la profession du négoce; et conséquemment, tant qu'ils ne sont pas morts civilement, frappés d'interdiction ou pourvus d'un conseil judiciaire, ils peuvent librement administrer leurs biens, les aliéner, les hypothéquer. Ce droit n'est restreint par aucune loi; il peut donc être exercé avec cette étendue que l'art. 537 lui assure.

» Quant au second membre de l'art. 2146 précité, il prononce taxativement la nullité des Inscriptions prises sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, postérieurement à son ouverture. Or, dès qu'il n'existe aucune disposition pareille, quant aux Inscriptions relatives aux particuliers non-négocians qui se trouvent en état de déconfiture, il faut en tirer cette conséquence, que le législateur a laissé ces dernières Inscriptions sous l'empire du droit commun. Les hérédités abandonnées, ou susceptibles de l'être par l'effet de leur acceptation sous bénéfice d'inventaire, ont paru aux yeux du législateur devoir faire une classe à part, exiger des règles particulières qui ne peuvent être étendues à la faveur d'une vaine interprétation. L'héritier bénéficiaire ne devant personnellement rien, n'encourt aucune des taches qu'imprime l'état de faillite; il n'est plus alors question que des biens; et voilà sans doute pourquoi la loi a rapproché des Inscriptions faites sur ces biens, les principes qu'elle trace d'ailleurs en matière de faillite. Si elle eût voulu appliquer ces principes aux particuliers non-négocians, elle l'aurait dit d'une manière expresse, elle ne se serait pas bornée à parler des Inscriptions dirigées contre une succession bénéficiairement acceptée. La règle des inclusions vient ici dans sa force, non-seulement pour repousser l'argument pris du second membre de l'art. 2146, mais pour prouver qu'au moyen de la limitation qu'il contient, son application à tout autre cas est absolument impossible (1).

» Au surplus, à quel étrange inconvénient n'entraînerait pas l'adoption de la doctrine accréditée par le jugement dont est appel? Le système hypothécaire, sur lequel reposent toutes les fortunes, ne serait plus qu'une chimère, et les fraudes les plus coupables pourraient se commettre impunément.

» Qu'on suppose qu'un particulier dont la fortune se compose de plusieurs immeubles considérables, veuille emprunter une grosse somme, sous la garantie d'une hypothèque affectée sur ses immeubles, il y parviendra aisément, le prêteur trouvant sa sûreté dans cette garantie réelle, et fera de suite son Inscription. Cependant ce même particulier, colludant avec des tiers en faveur desquels il consentira des lettres de change simulées, fera, dans les dix jours de son emprunt, un acte contenant déclaration qu'il fait cessation de paiement, faudra-t-il qu'au moyen de cette déclaration, l'hypothèque, sur la foi de laquelle les deniers lui ont été prêtés, disparaisse et s'évanouisse? Faudra-t-il que le créancier légitime soit réduit à une contribution au marc la livre avec les porteurs de titres cédulaires qu'on jugera à propos de faire présenter? Ce serait se jouer de l'autorité du contrat civil et des lois qui le protégent, que d'admettre un système aussi alarmant. Que ceux qui font valoir leur argent, et se livrent ainsi à des commerçans, courent les chances de ce genre de négociation, et soient sujets aux principes tracés en matière de faillite, à la bonne heure; ils n'ont point à se plaindre, puisqu'ils ont bien voulu s'exposer au hasard de ces sortes de spéculations; personne n'ignore qu'elles ne s'opèrent jamais par des contrats, et que les affectations hypothécaires en sont toujours bannies. Les

(1) A ces raisons décisives ajoutons-en une autre qui ne l'est pas moins.

La disposition de l'art. 2146 du Code civil, relative aux Inscriptions prises sur les biens d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, est empruntée de l'art. 12 de la loi du 9 messidor an 3. Or, sous la loi du 9 messidor an 3, pouvait-on, en argumentant du particulier au général, inférer de cette disposition la nullité des Inscriptions prises sur les biens d'un débiteur non-commerçant dans les dix jours antérieurs à la manifestation de sa déconfiture? Non certainement, puisque cette loi elle-même déclarait en termes exprès par l'article précédent, que les commerçans étaient les seuls sur les biens desquels on ne pût pas prendre Inscription dans les dix jours antérieurs à leur *faillite, banqueroute ou cessation publique de paiement.*

Eh bien! la restriction que l'art. 11 de la loi du 9 messidor an 3 faisait de sa disposition au commerçant, la première partie de l'art. 2146 du Code civil la fait également, puisqu'elle ne porte que sur le cas de faillite, et que les commerçans sont les seuls à l'égard desquels ce cas puisse se réaliser.

Comment donc pourrait-on raisonnablement tirer de la seconde partie de l'art. 2146 du Code civil, une conséquence qui aurait aussi évidemment répugné à l'esprit autant qu'à la lettre de l'art. 12 de la loi du 9 messidor an 3?

sûretés qu'offrent les négocians n'existent que dans leur crédit qui trouve son aliment dans la confiance accordée. Si cette confiance est trompée, c'est tant pis pour celui qui s'y est livré.

» Mais il n'en est pas de même d'un particulier; celui-ci ne parvient guère à se procurer de l'argent, qu'autant que ses propriétés immobilières sont en état d'en répondre. Ce sont des affectations par hypothèque qu'on exige de lui. Or, on ne peut prétendre qu'il lui est permis de rendre ces affectations illusoires, en déclarant tout simplement qu'il n'est pas en état de payer ses créanciers; on ne peut prétendre qu'à cet effet il doit être tout-à-coup en faillite, et frappé de l'interdiction que la loi prononce contre les individus de cette dernière classe.

» Ainsi, lors même qu'un simple acte de cessation de paiement suffirait pour constater l'état de déconfiture d'un particulier non-négociant, le système des intimés ne serait pas mieux fondé; les règles tracées quant aux Inscriptions prises dans les dix jours avant l'ouverture de la faillite, ne peuvent être appliquées au cas de déconfiture ».

Cet arrêt a été attaqué par un recours en cassation, mais vaine tentative: ce recours a été rejeté, le 9 février 1812,

« Attendu que les dispositions du Code de commerce relatives aux faillites, ne sont applicables qu'aux commerçans;

» Attendu qu'ainsi la cour de Toulouse, en maintenant les Inscriptions prises par les sieurs Davescens, Cassenac et Bonnafoux, sur les immeubles du sieur Raynaud, non-commerçant, dans les dix jours qui ont précédé la déclaration par lui faite sur son état d'insolvabilité, n'a violé ni faussement appliqué aucune loi ».

Ce qui a été jugé, dans cette espèce, par la cour d'appel de Toulouse et par la cour de cassation, l'a été de même,

1°. Par un arrêt de la cour d'appel de Nancy, du 5 décembre 1811, « Attendu que » le mot *Faillite* ne s'applique qu'aux com- » merçans; que les nullités, étant de rigueur, » ne peuvent être étendues; que la faillite » ne peut être assimilée à la déconfiture, » parceque la faillite est ouverte par le dépôt » du bilan au greffe et la cessation des paie- » mens, et que son ouverture est connue; » qu'il peut même y avoir faillite sans qu'il » y ait déconfiture, ce qui n'est pas rare; » qu'il n'en est pas de même d'un simple » particulier; qu'ainsi, une saisie, une vente, » le concours même de plusieurs saisissans, » n'établissent pas la déconfiture; que ce » n'est que quand les immeubles sont vendus » et les prix comparés aux dettes, que l'on » peut connaître la déconfiture (1) »;

2°. Par un arrêt de la cour d'appel de Rennes, du 24 mars 1812, « Attendu qu'il » n'est pas possible d'appliquer aux individus » non-négocians les dispositions du Code de » commerce; qu'il y a une extrême différence » entre les dispositions de ce Code et celles » du Code civil; le premier attache aux actes » faits par le commerçant failli dans les dix » jours qui précèdent l'ouverture de la fail- » lite, une présomption de fraude que le » Code civil n'attache point aux actes con- » sentis par un individu non-commerçant (2) »;

3°. Par un arrêt de la cour royale de Paris, du 9 juin 1814, confirmatif d'un jugement du tribunal de première instance de Mantes, dont il adopte le motif fondé sur la différence qu'il y a entre la faillite d'un débiteur commerçant et la déconfiture d'un débiteur non-commerçant (3).

Le nombre de ces arrêts et plus encore la force des raisons qui les justifient, empêcheront sans doute la question de se reproduire désormais dans les tribunaux.]]

[[INSCRIPTION MARITIME. C'est une espèce de conscription dont le but est de procurer à la marine de l'état tous les matelots dont elle a besoin.

Voici ce que porte là-dessus une des lois du 3 brumaire an 4 :

« Art. 1. Il y aura une Inscription particulière des citoyens français qui se destineront à la navigation.

» 2. Sont compris dans l'Inscription maritime, 1°. les marins de tout grade et de toute profession, naviguant dans l'armée navale ou sur les bâtimens de commerce; 2°. ceux qui font la navigation ou la pêche de mer sur les côtes ou dans les rivières jusqu'où remonte la marée; et pour celles où il n'y a pas de marée, jusqu'à l'endroit où les bâtimens de mer ne peuvent remonter; 3°. ceux qui naviguent sur les patâches, allèges, bateaux et chaloupes dans les rades et dans les rivières jusqu'aux limites ci-dessus indiquées.

» 3. Tout citoyen qui commence à naviguer, ne pourra s'embarquer ni être em-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 13, page 182.

(2) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1813, supplément, page 3.

(3) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 15, partie 2, page 237.

ployé sur les rôles d'équipage d'un bâtiment de la république ou de commerce, que sous la dénomination de *mousse*, depuis l'âge de dix ans jusqu'à quinze ans accomplis, et sous celle de *novice* au-dessus de ce dernier âge.

» Néanmoins, tout mousse ou novice qui, ayant navigué pendant six mois dans l'une de ces qualités, aura en outre satisfait à l'examen prescrit, sera employé sous la dénomination *d'aspirant de la dernière classe.*

» 4. Il sera donné connaissance des diverses dispositions de la présente loi à tout citoyen commençant à naviguer, et il sera inscrit sur un rôle particulier.

» 5. Sera compris dans l'Inscription maritime tout citoyen âgé de dix-huit ans révolus, qui, ayant rempli une des conditions suivantes, voudra continuer la navigation ou la pêche : 1°. d'avoir fait deux voyages de long cours; 2°. d'avoir fait la navigation pendant dix-huit mois; 3°. d'avoir fait la petite pêche pendant deux ans; 4°. d'avoir servi pendant deux ans en qualité d'apprenti marin.

» A cet effet, il se présentera, accompagné de son père ou de deux de ses plus proches parens ou voisins, au bureau de l'Inscription de son quartier, où il lui sera donné connaissance des lois et réglemens qui déterminent les obligations et les droits des marins inscrits.

» 6. Celui qui ayant atteint l'âge et rempli l'une des conditions exigées par l'article précédent, continue la navigation ou la pêche sans se faire inscrire au bureau de son quartier, ainsi qu'il est prescrit, sera compris dans l'Inscription maritime, étant censé y avoir consenti par le fait seul qu'il continue à naviguer.

» 7. Tout citoyen français compris dans l'Inscription maritime, est dispensé de tout service public autre que ceux de l'armée navale, des arsenaux de la marine, et de la garde nationale dans l'arrondissement de son quartier ».

Les autres dispositions de la même loi règlent tout ce qui concerne les arrondissemens, quartiers et syndicats maritimes, l'appel des marins au service public, les avantages attachés à l'état des marins inscrits, les apprentis marins et l'appel des ouvriers propres aux travaux des ports.

On doit encore consulter sur ces matières l'arrêté du directoire exécutif du 21 ventôse an 4, celui du gouvernement consulaire du 7 vendémiaire an 9, et les décrets des 29 fructidor an 12 et 16 frimaire an 14.

V. les articles *Classes*, *Marine*, *Matelot*, *Navigation* et *Syndics des gens de mer.*]]

[[INSCRIPTION SUR LE GRAND LIVRE DE LA DETTE PUBLIQUE. Ces termes qui n'avaient, sous l'ancien régime, aucun objet dans notre langue, désignent aujourd'hui le titre d'une rente due par le trésor royal; et ce titre est ainsi appelé, parceque chaque rente que doit le trésor royal, est enregistrée sur un *grand livre* dont la formation a été ordonnée par la loi du 24 août 1793.

§. I. *Notions générales.*

I. La loi du 24 août 1793 porte :

« Art. 1. Toute la dette publique non viagère sera enregistrée, par ordre alphabétique des noms des créanciers, sur un *grand livre* en un ou plusieurs volumes, dont le modèle est annexé au présent décret.

» 2. Chaque créancier de la république y sera crédité en un seul et même article, et sous un même numéro, tant du produit net des rentes perpétuelles, que des intérêts des capitaux dont il sera propriétaire, ainsi qu'il sera déterminé par les articles ci-après.

» 3. Il ne pourra être fait aucune Inscription sur le *grand livre* pour une somme au-dessous de 50 livres.

» 4. Pour la facilité des calculs et des paiemens, si, par la réunion des diverses parties de rentes ou intérêts dont un même créancier est propriétaire, ou si, par le titre actuel, il lui était dû des sous ou deniers, la fraction au-dessous de 10 sous sera supprimée; et il sera ajouté la fraction nécessaire pour compléter la livre, à celle de 10 sous et au-dessus.

» 5. Il sera ouvert sur le grand livre de la dette publique, un compte de la nation, au crédit duquel seront portées toutes les extinctions provenant de saisies, confiscations, abandons, remboursemens, ou de quelqu'autre cause que ce soit, afin qu'on puisse reconnaître et constater, dans tous les temps, le montant des diminutions que la dette publique aura éprouvées.

» 6. Le *grand livre* de la dette publique sera le titre unique et fondamental de tous les créanciers de la république.

» 7. Le *grand livre* de la dette publique sera sommé, arrêté et signé par trois commissaires de la convention ou du corps législatif, par les commissaires de la trésorerie nationale et par le payeur principal de la dette publique. Il sera ensuite déposé aux archives nationales.

» 8. Il sera fait deux copies du *grand livre*, qui seront sommées, arrêtées et signées par les commissaires de la trésorerie nationale

et par le payeur principal de la dette publique.

» 9. Une de ces copies sera déposée aux archives de la trésorerie nationale, l'autre restera dans les bureaux du payeur principal de la dette publique, pour servir à l'Inscription journalière des mutations ».

II. Les art. 10 et 31 déterminent les mesures à prendre pour l'Inscription de toute la portion de la dette publique qui, à l'époque de la loi dont il s'agit, était constituée ou remboursable en annuités.

Mais les art. 52 et 65 vont plus loin : ils ordonnent que toutes les parties exigibles de la dette publique qui n'excèdent pas 3000 francs, et notamment les finances des offices supprimés, seront constituées en rentes perpétuelles, et inscrites comme telles sur le *grand livre*.

Et voici comment la loi pourvoit en conséquence aux moyens de libérer les créanciers de ces sommes, envers ceux de leurs créanciers personnels à qui elles étaient hypothéquées spécialement ou par privilége :

« Art. 66. Les créanciers directs de la nation, pour des sommes au-dessus de 3000 livres, provenant de la dette exigible soumise à la liquidation, sont autorisés à diviser l'Inscription sur le *grand livre*, qui sera faite à leur crédit, pourvu toutefois qu'aucune fraction ne soit inférieure à 50 livres de rente; et ils pourront rembourser, au moyen d'un transfert, leurs créanciers personnels ayant hypothèque spéciale ou privilégiée sur l'objet liquidé.

» 67. Ceux qui voudront profiter de la faculté accordée par l'article précédent, seront tenus de présenter des titres authentiques au liquidateur de la trésorerie, qui opérera pour la division et le transfert de l'Inscription, ainsi qu'il est expliqué aux articles ci-après pour les mutations ».

Ces deux articles ont fait naître plusieurs questions qui deviennent chaque jour plus rares, et que je crois, par cette raison, devoir omettre ici. On peut les voir dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription sur le grand livre* et *Transfert*.

III. La loi du 23 floréal an 2 a ordonné, art. 41 et 46, qu'il serait formé, pour la dette publique viagère, un grand livre distinct de celui de la dette publique perpétuelle, et que ce livre serait « le titre unique et fondamental de tous les créanciers viagers de » la république ».

L'art. 61 a ajouté qu'il « serait délivré aux » propriétaires des rentes viagères inscrites » sur le *grand livre*, qui le demanderaient, » un extrait d'Inscription conforme à celui » qui est prescrit par la loi du 24 août 1793, » sur la consolidation de la dette publique ».

La loi du 9 vendémiaire an 6 a ordonné que « chaque Inscription au *grand livre* de la » dette publique, tant perpétuelle que viagère, liquidée ou à liquider, serait remboursée pour les deux tiers (en bons au » porteur, admissibles en paiement des biens » nationaux vendus ou à vendre); l'autre » tiers conservé en Inscriptions au *grand livre* et payé sur ce pied ».

En conséquence, par l'art. 1 de la loi du 8 nivôse de la même année, il a été dit qu'il serait « formé un nouveau *grand livre* » du tiers consolidé des parties de la dette » publique précédemment inscrites ou liquidées, et des parties comprises aux états » de la dette constituée à liquider, qui devront être inscrites au *grand livre*.... ».

Mais l'art. 5 de la même loi a déclaré qu'il ne serait pas « fait un nouveau *grand livre* » de la dette viagère; (que) les créanciers » seraient seulement débités des deux tiers » sur le livre déjà existant; et (que) la république serait créditée d'autant ».

IV. La loi du 21 floréal an 10 forme le dernier état de la législation sur cette matière; voici ses termes :

« Art. 1. La partie de la dette publique constituée en perpétuel, portera, à l'avenir, le nom de *cinq pour cent consolidés*.

» 2. Les produits de la contribution foncière sont, jusqu'à due concurrence, spécialement affectés au paiement des cinq pour cent consolidés.

» 3. La somme à prélever pour le paiement des cinq pour cent consolidés, forme le premier article du budget de l'Etat : le crédit des ministres ne peut être soldé qu'après que ledit paiement est assuré.

» 4. Le paiement des cinq pour cent consolidés s'effectuera, en totalité, pour chaque semestre, dans le mois qui suivra son expiration : cet ordre sera établi à partir du 1er. vendémiaire an 11, pour le deuxième semestre de l'an 10.

» 5. A compter du 1er. vendémiaire an 11, le transfert des cinq pour cent consolidés se fera avec jouissance des intérêts du semestre courant.

» Il ne sera plus délivré de coupons d'intérêts.

» 6. A l'avenir, les propriétaires d'anciennes rentes constituées perpétuelles, qui n'ont pas encore obtenu la consolidation, conformément à la loi du 9 vendémiaire an 6, ne

seront inscrits qu'avec jouissance du semestre courant.

» Les arrérages antérieurs seront acquittés sur ordonnance du ministre des finances.

» 7. La loi déterminera, chaque année, le montant des Inscriptions de cinq pour cent consolidés qui pourront être portées sur le *grand livre*, en conséquence des nouvelles liquidations opérées dans le cours de la même année....

» 9. Les cinq pour cent consolidés ne pourront, dans aucun temps, excéder 50 millions; et si, par l'effet des consolidations restant à faire en conséquence des lois existantes, ou par des emprunts que la loi autoriserait, la dette se trouvait augmentée au delà de 50 millions, cette augmentation ne pourra être faite, sans qu'il soit affecté un fonds d'amortissement suffisant pour amortir, au plus tard en quinze ans, l'excédant des 50 millions....

» 11. La dette viagère est fixée à 20 millions en intérêts annuels.

» 12. Les nouvelles liquidations de rentes viagères seront inscrites de suite au *grand livre* de la dette viagère, à la concurrence du montant des extinctions reconnues chaque année.

» 13. Dans le cas où le montant des nouvelles liquidations excéderait celui des extinctions connues à la fin de l'année, l'excédant sera inscrit en vertu d'une loi, conformément à l'art. 7.

» 14. Il n'est rien innové, quant à présent, au mode de paiement de la dette viagère ».

§. II. *Comment se transfèrent les Inscriptions, lorsque les créances dont elles forment les titres, changent de propriétaire, soit par succession, soit par donation, soit par vente, soit par toute autre voie?*

Voici quelles sont là-dessus les dispositions de la loi du 24 août 1793 :

« Art. 159. Les mutations de rentes et intérêts qui auront lieu d'ici au 1er. juin 1794, seront notifiées, comme par le passé, aux payeurs des rentes, lesquels en tiendront note pour en fournir un état chaque mois à la trésorerie nationale; de manière que le dernier état soit fourni le 3 juin 1794, au plus tard, afin que le transfert nécessité par les mutations soit exécuté sans le moindre retard.

» 160. Après le 1er. juin 1794, la notification des mutations qui sera faite aux payeurs des rentes, ne pourra servir que pour les arrérages des rentes antérieurs au 1er. janvier 1794; et les personnes intéressées à les faire connaître, seront tenues de les notifier à la trésorerie nationale ainsi qu'il sera prescrit par les articles ci-après.

» 161. A l'avenir, on ne pourra disposer de tous les objets compris dans le *grand livre* de la dette publique, comme des créances mobilières, sauf contre les seuls propriétaires actuels ou leurs successions, l'exercice de toutes actions, emplois et recours comme par le passé.

» 162. Les créanciers non grevés d'oppositions, qui voudront disposer, vendre ou aliéner, n'auront d'autres formalités à remplir que de faire leur déclaration, suivant le modèle annexé au présent décret (no. 6), devant un juge de paix, ou un notaire, qu'ils entendent qu'un tel soit inscrit en leur lieu et place, pour la totalité ou partie de la dette publique dont ils sont propriétaires sur le *grand livre*.

» 163. Si le créancier est une femme mariée, la déclaration sera faite conjointement par elle et son mari.

» 164. La déclaration faite, soit devant le juge de paix, soit devant un notaire, sera enregistrée dans les dix jours par le receveur du droit d'enregistrement, et il sera acquitté deux cinquièmes du montant de l'Inscription sur le *grand livre*, qui aura été cédée.

» 165. Tous les transferts et mutations seront justifiés au liquidateur de la trésorerie nationale, qui, après la vérification de la déclaration enregistrée et de l'extrait de l'Inscription du ci-devant propriétaire, délivrera un certificat de propriété, d'après lequel le payeur principal de la dette publique fera créditer le nouveau propriétaire et débiter l'ancien de la totalité ou de la partie des objets cédés.

» 166. Il sera fait mention au compte de l'ancien propriétaire, et à celui du nouveau qui le représentera, des rappels des numéros et folios nécessaires pour indiquer la suite des mutations, et remonter depuis le propriétaire jouissant, jusqu'au propriétaire primitif.

» 167. Il ne pourra être fait des transferts ou mutations pour aucune somme qui réduirait l'Inscription sur le *grand livre* de la dette publique, à une somme au-dessous de 50 livres, ni pour aucune fraction en sous et deniers.

» 168. Il sera délivré au nouveau propriétaire un extrait de son Inscription sur le *grand livre* de la dette publique; et si le cé-

dant n'avait disposé que d'une partie de sa propriété, il lui sera également remis un nouvel extrait de son Inscription pour la partie dont il restera propriétaire.

» 169. Les jugemens translatifs de propriété seront justifiés au liquidateur de la trésorerie; ils porteront les nom et prénoms du ci-devant propriétaire, ainsi que de celui ou ceux au profit desquels le jugement sera rendu.

» 170. Les transferts ou mutations provenant desdits jugemens, seront soumis au droit d'enregistrement mentionné en l'art. 164.

» 171. L'extrait d'Inscription ne pourra être délivré au nouveau propriétaire qu'en représentant un certificat d'individualité, dans la forme prescrite ci-devant (art. 137).

» 172. Lors des mutations par décès, les héritiers, légataires, et autres ayant-droit, fourniront au liquidateur de la trésorerie nationale les pièces nécessaires pour constater leurs droits et qualités; et après cette justification, le liquidateur leur délivrera un certificat de propriété, à la présentation duquel le payeur principal de la dette publique les fera créditer, ainsi qu'il est mentionné pour les mutations.

» 173. Les nouveaux créanciers reconnus à la trésorerie, conformément aux articles précédens ne seront portés sur les feuilles de paiement que pour les semestres payables l'année suivante.

» 174. En conséquence des dispositions mentionnées en l'article précédent, les transferts par acte volontaire, qui auront lieu, soit dans le premier semestre, soit dans le premier quartier du second semestre d'une année, porteront tous la jouissance du 1er. juillet de ladite année; la cession des paiemens antérieurs ne pourra être faite que par une déclaration particulière qui sera fournie au payeur chargé de leur paiement (1).

» 175. Quant aux transferts par jugemens ou par décès, qui saisiraient les nouveaux propriétaires des paiemens antérieurs au 1er. juillet de l'année de la notification, il en sera justifié au payeur chargé de leur paiement.

» 176. La justification au payeur se fera en représentant un certificat du liquidateur de la trésorerie, constatant qu'après avoir vérifié les titres de propriété, un tel est inscrit pour telle somme sur le *grand livre* de la dette publique, et qu'il a le droit d'en percevoir le paiement annuel depuis telle époque.

» 177. Les mutations seront faites journellement sur la copie du *grand livre* de la dette publique ».

L'expérience ayant fait sentir les inconvéniens qui résultaient de plusieurs de ces dispositions, le corps législatif, « considérant » qu'il importe au crédit de l'état de faciliter » les transferts des Inscriptions au *grand* » *livre* de la dette publique, en les dégageant des formalités qui tendent à déprécier cette propriété », a décrété, le 28 floréal an 7, une loi ainsi conçue :

« Art. 1. A compter de la publication de la présente, les transferts des Inscriptions de la dette publique seront faits à la trésorerie nationale de la manière ci-après.

» 2. Il sera établi et tenu à la trésorerie nationale, près le *grand livre*, des registres destinés à servir de minutes aux transferts et mutations de propriété de la dette publique.

» Ces registres seront imprimés et conçus d'après le modèle annexé à la présente.

» 3. Le vendeur se présentera au bureau chargé de recevoir les transferts, pour y faire sa déclaration; il y remettra l'extrait d'Inscription qu'il entend transférer et dont la signature sera biffée en sa présence. Il lui sera expédié un bulletin de cette remise.

» La minute du transfert sera signée par le vendeur ou son fondé de pouvoir spécial.

» 4. Deux jours après le transfert, l'acheteur pourra se présenter en personne, ou par le porteur du bulletin qui aura été remis au vendeur, pour retirer l'extrait de la nouvelle Inscription de la rente qu'il aura acquise. Cet extrait d'Inscription lui sera délivré sur-le-champ.

» Il en donnera décharge en marge de la minute de transfert.

» 5. Les transferts qui seront faits au profit de la république, le seront de la même manière. Il sera délivré au cédant, en remplacement de l'extrait d'Inscription, un extrait du transfert qu'il remettra à la caisse des recettes, pour en obtenir la rescription qui devra servir à le libérer de la dette pour laquelle il aurait fait le transfert;

» Les Inscriptions ainsi transférées seront éteintes.

» 6. En cas de mutations autres que celles ci-dessus exprimées, le nouvel extrait d'Inscription sera délivré à l'ayant-droit, sur le simple rapport de l'ancien état d'Inscription

(1) Il est dérogé à cet article et au précédent par l'art. 5 de la loi du 21 floréal an 10, rapporté ci-dessus, §. 1.

et d'un certificat de propriété ou acte de notoriété, contenant ses nom, prénoms et domicile, la qualité en laquelle il procède et possède, l'indication de sa portion dans la rente, et l'époque de sa jouissance.

» Le certificat qui sera rapporté, après avoir été dûment légalisé, sera délivré par le notaire détenteur de la minute, lorsqu'il y aura eu inventaire, ou partage par acte public, ou transmission gratuite à titre entre-vifs ou par testament.

» Il le sera par le juge de paix du domicile du décédé, sur l'attestation de deux citoyens, lorsqu'il n'existera aucun desdits actes en forme authentique.

» Si la mutation s'est opérée par jugement, le greffier dépositaire de la minute délivrera le certificat. Quant aux successions ouvertes à l'étranger, les certificats délivrés par les magistrats autorisés par les lois du pays, seront admis lorsqu'ils seront rapportés dûment légalisés par l'agent de la république française.

» 7. Les certificats fournis en exécution de l'article précédent, opéreront la décharge de la trésorerie nationale, et seront admis dans le jugement de ses comptes, par la comptabilité nationale.

» 8. Toutes dispositions d'autres lois contraires à la présente sont abrogées ».

Le décret du 13 thermidor an 13 simplifie encore davantage cette partie de la législation. Voici ses termes :

« *Art.* 1. A l'avenir, la déclaration de transfert des cinq pour cent consolidés sur le registre établi à cet effet près le directeur du *grand livre*, conformément à la loi du 28 floréal an 7, saisira l'acquéreur de la propriété et jouissance de l'Inscription transférée, et ce, par la seule signature du vendeur. Toute opposition postérieure à cette déclaration, sera considérée comme non avenue.

» 2. Pour constater cette déclaration et le dépôt de l'ancien extrait d'Inscription, il sera expédié au vendeur autant de bulletins qu'il y aura d'acquéreurs désignés dans l'acte de transfert.

» 3. Les paiemens des Inscriptions transférées pourront être valablement effectués par les acquéreurs, sur la présentation de ces bulletins.

» 4. Lors du retrait par l'acquéreur du nouvel extrait d'Inscription, la décharge donnée par lui sera mise au dos du bulletin, et non sur le registre des déclarations de transfert ».

§. III. 1°. *Les Inscriptions sur le grand livre sont-elles meubles ou immeubles?*

2°. *Celui à qui elles appartiennent, peut-il leur conférer à son gré l'une ou l'autre qualité?*

3°. *Est-il besoin de formalités particulières pour le transfert des Inscriptions qui appartiennent à des mineurs ou à des interdits?*

4°. *En est-il besoin pour le transfert des Inscriptions qui appartiennent à des successions bénéficiaires, à des administrations quelconques?*

I. La réponse à la première de ces questions est dans l'art. 161 de la loi du 24 août 1793, rapporté ci-dessus, §. 2, lequel, pour la faculté, comme pour le mode de disposer des Inscriptions sur le *grand livre*, les assimile entièrement aux *créances mobilières*.

Et c'est d'après cela, que le Code civil, art. 529, range parmi les *meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères sur l'État.*

II. La seconde question ne peut, en thèse générale, être décidée que négativement : c'est de la nature ou de la loi, que nos biens tiennent leur qualité de meubles ou d'immeubles; et la volonté de l'homme ne peut s'élever, ni au-dessus des règles invariables de la nature, ni au-dessus de l'empire de la loi. Il ne dépend donc pas d'un propriétaire d'Inscriptions, de les immobiliser : *meubles par la détermination de la loi*, elles restent telles, quelque disposition que fasse au contraire celui à qui elles appartiennent.

Mais il est un cas où cette règle admet une exception. Lorsqu'un propriétaire d'Inscriptions veut les employer à la dotation d'un majorat qu'il fonde pour sa descendance masculine, il peut les immobiliser à cet effet. *V.* l'article *Majorat*, §. 6.

III. Sur la troisième question, il existe une loi précise; c'est celle du 24 mars 1806 :

« Art. 1. Les tuteurs et curateurs de mineurs ou interdits, qui n'auraient en Inscriptions ou promesses d'Inscriptions de cinq pour cent consolidés, qu'une rente de 50 fr. et au-dessous, en pourront faire le transfert sans qu'il soit besoin d'autorisation spéciale, ni d'affiches, ni de publication, mais seulement d'après le cours constaté du jour, et à la charge d'en compter comme du produit des meubles.

» 2. Les mineurs émancipés qui n'auraient de même en Inscriptions ou promesses d'Inscriptions qu'une rente de 50 fr. et au-dessous,

pourront également les transférer avec la seule assistance de leurs curateurs, et sans qu'il soit besoin d'avis de parens ou d'aucune autre autorisation.

» 3. Les Inscriptions ou promesses d'Inscriptions au-dessus de 50 francs de rente, ne pourront être vendues par des tuteurs ou curateurs, qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et suivant le cours du jour légalement constaté; dans tous les cas, la vente pourra s'effectuer sans qu'il soit besoin d'affiches ni de publication ».

IV. Cette loi décide implicitement la quatrième question, qui est résolue en effet dans le même sens, par un avis du conseil d'état, du 17 novembre 1807, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation le 11 janvier 1808, et dont voici les termes :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par sa majesté, a entendu le rapport de la section de législation sur celui du ministre du trésor public, concernant la question de savoir si les héritiers bénéficiaires peuvent transférer, sans autorisation, les Inscriptions au-dessus de 50 francs de rente;

» Est d'avis que l'héritier bénéficiaire ne peut pas faire le transfert des rentes au-dessus de 50 francs, sans être préalablement autorisé.

» Qu'est-ce qu'un héritier bénéficiaire ? On en trouve la définition dans l'art. 803 du Code : c'est un homme chargé d'administrer les biens d'une succession, et qui doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires.

» La qualité d'administrateur ne donne certainement pas le droit de vendre; aussi a-t-il fallu une disposition particulière de la loi pour autoriser l'héritier bénéficiaire à vendre certains objets de la succession, et pour régler le mode de la vente.

» C'est l'objet de l'art. 805 du Code : *l'héritier bénéficiaire ne peut vendre les meubles de la succession que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées.*

» La seule lecture de cet article suffit pour convaincre que le législateur s'occupait en ce moment, des choses qui sont meubles *par leur nature,* et non pas de celles qui sont meubles par la détermination de la loi, comme les rentes; en effet la faculté de vendre les meubles, sous des conditions et avec des formes qui préviennent des abus, ne peut pas s'étendre aux rentes sur l'Etat, qui ne sont nullement susceptibles de ces conditions et de ces formes.

» C'est ainsi que l'article du Code a été entendu et exécuté jusqu'à ce jour; aussi le ministre du trésor public reconnait, dans son rapport, que l'autorisation a été nécessaire pour la vente d'Inscriptions par l'héritier bénéficiaire.

» Ce n'est pas, comme le suppose le rapport, parceque l'héritier bénéficiaire est tenu, aux termes de l'art. 807, de donner caution de la valeur du mobilier, si les créanciers l'exigent; et ce n'est pas, disons-nous, par ce motif, que l'autorisation pour vendre les rentes est nécessaire à l'héritier bénéficiaire : cette nécessité dérive de sa qualité, qui ne le constitue qu'un administrateur; on a dû prendre, à son égard, les mesures adoptées pour tous les autres administrateurs, sous quelque dénomination qu'ils soient connus.

» En vain observe-t-on que les rentes sont vendues par l'agent de change, qui est un officier public, et au cours du jour, ce qui, dit-on, supplée suffisamment les enchères, affiches et publications exigées par l'art. 805 du Code, pour la validité des ventes de meubles d'une succession bénéficiaire. D'abord, il serait dangereux de substituer à des formalités voulues par la loi, des équivalens qui pourraient ne pas donner toujours la même garantie. D'ailleurs, il se présente ici une considération d'une autre nature : la vente au cours du jour peut donner connaissance du véritable prix de la vente; on le suppose, quoique souvent le taux varie dans la même journée. — Mais la nécessité de vendre dans un moment de faveur, sera-t-elle constatée ? L'héritier aura-t-il toujours les notions suffisantes pour vendre dans un temps opportun?

» On dira peut-être qu'il n'a aucun intérêt à vendre à contre-temps; cela est possible : mais aura-t-il toujours autant de prudence que de droiture?

» Il ne faut jamais perdre de vue sa qualité; il n'est qu'un administrateur comptable, et l'on ne peut l'affranchir des précautions indiquées par les lois contre ses erreurs ou ses fautes. Il ne paraît pas, au reste, que des considérations supérieures, d'un intérêt général, sollicitent ici une dérogation à la loi et à l'usage : le taux actuel des rentes, quoique les héritiers bénéficiaires n'aient vendu jusqu'ici qu'avec autorisation, en fournit une preuve sans réplique.

» Enfin, la loi du 24 mars 1806 a fait tout ce qui pouvait être convenable pour faciliter la disponibilité des rentes; elle a affranchi les tuteurs et curateurs des mineurs ou interdits, de la nécessité d'une autorisation spéciale pour

le transfert des Inscriptions au-dessous de 50 francs.

» La modicité de l'objet et une raison d'économie ont motivé cette dérogation; mais la même loi, art. 3, exige toujours l'autorisation pour les ventes d'Inscriptions au-dessus de 50 francs.

» Il est sensible que ces dispositions s'appliquent à tous les autres administrateurs comptables et aux héritiers bénéficiaires, qui ne doivent, par conséquent, transférer les rentes au-dessus de 50 francs, qu'après une autorisation préalable ».

§. IV. *En cas de perte d'un extrait d'Inscription sur le grand livre, quelle voie doit prendre celui qui en est propriétaire?*

Le décret du 3 messidor an 12 trace là-dessus des règles très-précises :

« Art. 1. A l'avenir, il ne sera plus délivré de duplicata des extraits d'Inscription au *grand livre* des cinq pour cent consolidés et de la dette viagère.

» 2. Les rentiers qui auraient perdu leur extrait d'Inscription, en feront la déclaration devant le maire de la commune de leur domicile.

» Cette déclaration faite en présence de deux témoins, qui constateront l'individualité du déclarant, sera assujétie au droit fixe d'enregistrement d'un franc.

» 3. Ladite déclaration sera rapportée au trésor public. Après en avoir fait constater la régularité, le ministre du trésor public autorisera le directeur du *grand livre* à débiter le compte de l'Inscription perdue, et à la porter à compte nouveau par un transfert de forme : il sera remis au réclamant un extrait original de l'Inscription de ce nouveau compte.

» 4. Le transfert de forme autorisé par l'article précédent, aura lieu dans le semestre qui suivra celui pendant lequel la demande d'un nouvel extrait d'Inscription aura été adressée au ministre du trésor public ».

§. V. 1°. *Si des Inscriptions sur le grand livre ayant été volées dans les bureaux du trésor royal, ont été transférées en vertu de procurations notariées dans lesquelles le voleur a pris le nom du propriétaire, le trésor royal est-il tenu de rendre à celui-ci les Inscriptions équivalentes à celles dont il est dépouillé?*

2°. *S'il y est tenu, peut-il à son tour se faire indemniser par le notaire qui a reçu les procurations?*

3°. *S'il lui est dû une indemnité par ce notaire, en quoi doit-elle consister?*

Voici une espèce dans laquelle ces questions ont été agitées devant la cour d'appel de Paris.

Jacques Farjon, Louis-François Marie, Gabriel-Louis Gambart et Joachim-Félix Pin étaient propriétaires d'Inscriptions sur le grand livre, montant, pour le premier à 1833 francs; pour le second, à 1581; pour le troisième, à 1336; pour le quatrième, à 10,733.

En vertu de procurations données, sous le nom du premier, le 9 nivôse an 8, devant Lallemand; sous le nom du second, le 11 pluviôse suivant, devant Colin; sous le nom du troisième, le 26 du même mois, devant Porlier, tous trois notaires à Paris; et sous le nom du quatrième, le 8 floréal suivant, devant Archambaut de Beaune, notaire à Tours, il a été, les 4, 11, 26 pluviôse et 16 floréal de la même année, fait à la trésorerie transfert de ces quatre Inscriptions, avec jouissance, pour les trois premières, du 1er. germinal an 8, et pour la quatrième, du 1er. vendémiaire an 9.

Ces quatre procurations ont passé dans les mains de Jacques-Isidore Brossier. Elles étaient fausses.

Brossier a vendu les quatre Inscriptions par le ministère d'agens de change : elles ont été négociées les 2, 19 pluviôse et 4 floréal an 8, par portions, et au profit de douze personnes. Douze transferts ont suivi cette négociation, qui a produit à Brossier 59,523 francs.

Il a été reconnu au procès dont on va parler, que les quatre Inscriptions avaient été soustraites des cartons de la trésorerie.

Quel a été l'auteur de ce vol? On l'ignore.

Sur la plainte rendue le 13 thermidor an 8, par l'agent du trésor public, Brossier a été arrêté le 15, ainsi que le nommé Grandjaquet, présumé son complice. Grandjaquet s'est évadé le même jour. Brossier a été mis en jugement.

Le jury de jugement a déclaré que les procurations étaient fausses; que Brossier était convaincu d'en avoir fait usage; mais qu'il n'était pas convaincu d'avoir su, lorsqu'il en avait fait usage, qu'elles étaient fausses. En conséquence, il a été acquitté et mis en liberté le 16 nivôse an 9.

Farjon, Marie, Gambart et Pin ont réclamé auprès du gouvernement le remplacement des Inscriptions dont ils avaient été dépouillés par des transferts opérés en vertu de procurations qu'ils n'avaient pas données.

Deux arrêtés du gouvernement, des 9 germinal et 14 fructidor an 11, ont ordonné que ces Inscriptions seraient rétablies au profit des légitimes propriétaires; ils ont été exécutés.

Le 30 thermidor an 11, l'agent du trésor a formé, devant le tribunal civil du département de la Seine, tant contre Brossier, que contre les notaires Lallemand, Porlier, Colin et Archambaut, une demande en condamnation solidaire, savoir, 1°. contre le sieur Lallemand, au paiement de 36,660 francs, faisant le capital de l'Inscription *Farjon*, de 1833 francs; 2°. contre le sieur Porlier, au paiement de 27,620 francs, faisant le capital de l'Inscription *Gambart*, de 1336 francs; 3°. contre le sieur Colin, au paiement de 31,610 francs, faisant le capital de l'Inscription *Marie*, de 1581 francs; 4°. contre le sieur Archambaut, au paiement de 214,660 francs, faisant le capital de l'Inscription *Pin*, de 10,733 francs; le tout avec les arrérages échus depuis le 1er. germinal an 8, si mieux n'aimaient les sieurs Lallemand, Porlier, Colin, Archambaut et Brossier restituer des Inscriptions en nature, de pareilles quotités, et avec jouissance à partir de la même époque.

Le 12 thermidor an 12, jugement qui condamne solidairement, avec Brossier, les notaires Colin, Porlier et Lallemand, à fournir, le premier, une Inscription de 1581 francs; le second, une Inscription de 1336 francs; le troisième, une de 1833 francs; et à payer les arrérages échus depuis le 1er. germinal an 8 jusqu'à l'époque de la jouissance des Inscriptions qui seront fournies, si mieux les notaires n'aiment payer la valeur des Inscriptions au cours de la place, savoir, Colin, au cours du 21 pluviôse an 8; Lallemand, au cours du 4, et Porlier, au cours du 29, dates des transferts faits par le soi-disant fondé de pouvoirs de Marie, de Farjon, de Gambart; ce qu'ils seront tenus d'opter, sinon déchus, et le jugement exécuté purement et simplement, et selon sa forme et teneur.

Ce jugement a été attaqué en même temps par l'agent du trésor, et par les trois notaires Colin, Porlier et Lallemand.

Les notaires en ont appelé, en ce qu'ils n'avaient pas été renvoyés purement et simplement de la demande formée contre eux.

L'agent du trésor en a appelé, 1°. en ce que les trois notaires et Brossier n'avaient été condamnés à payer la valeur des Inscriptions qu'au cours du jour des transferts; 2°. en ce que le délai pour faire l'option n'avait point été fixé; et il a conclu 1°. à ce que, faute de paiement du capital de chacune des Inscriptions de 1336, 1581 et 1893 francs, la restitution en fût faite au trésor public en Inscriptions au cours du jour où le rétablissement en serait opéré, avec jouissance du 1er. germinal an 6, à l'égard de Brossier, et du 1er. germinal an 8, à l'égard des notaires; et ce dans les trois jours de la signification de l'arrêt.

La cause a été plaidée avec tous les développemens qu'elle comportait, par M. Bonnet, pour l'agent du trésor public, et par MM. Trippier et Larrieu pour les notaires. Mais ce qui a excité plus d'intérêt dans cette cause, ce sont les conclusions qu'y a données M. Cahier, substitut de M. le procureur général de la cour d'appel de Paris (aujourd'hui avocat général à la cour de cassation); je ne puis mieux en faire l'éloge, qu'en les transcrivant ici.

« Une seule question principale se présente. Trois Inscriptions ont été volées à la trésorerie. Celui dans les mains duquel elles ont passé après ce vol, s'est présenté successivement chez trois notaires de Paris. Là, produisant d'abord la première, ensuite la seconde, puis enfin la troisième, il a fait faire successivement trois procurations, en vertu desquelles les trois Inscriptions ont été transférées. Par ces transferts, les propriétaires légitimes ont été dépouillés de leurs rentes. Le gouvernement en a fait faire le remplacement à leur profit. Il est manifeste que, par-là, le trésor public souffre un dommage, un préjudice notable; qu'il paie deux fois trois rentes dont les capitaux ne lui ont été versés qu'une seule fois. Les notaires Colin, Porlier et Lallemand peuvent-ils être tenus de la réparation de ce dommage, par ce motif que c'est dans leurs études qu'ont été passées les trois procurations en vertu desquelles se sont opérés les transferts des trois Inscriptions, *Marie, Gambart, Farjon?*

» La solution de cette question principale dépend de la solution de quelques questions préalables, qu'ont fait naître les débats et les plaidoiries, et à l'examen desquelles nous allons nous livrer.

» La première question, qui est de pure forme, est celle de savoir si l'action de l'agent du trésor en réparation du dommage est recevable.

» La deuxième, beaucoup plus importante, puisqu'elle touche le fond, est celle de savoir quelle est la véritable cause du dommage. Faut-il la chercher dans le vol des trois Inscriptions, ainsi que le prétendent les notaires, dans l'acte par lequel ces Inscriptions ont été soustraites des cartons de la trésorerie? Faut-il la chercher dans le transfert opéré en vertu des procurations reçues et

signées par les notaires Colin, Lallemand et Porlier, c'est-à-dire, dans l'usage qui a été fait des procurations, ainsi que le soutient l'agent du trésor public, ou plutôt dans les procurations elles-mêmes?

» La troisième question est celle de savoir si les trois notaires, par qui ces trois procurations ont été reçues et signées, sont, aux termes des ordonnances anciennes et de la loi nouvelle, responsables du préjudice souffert par le trésor public; en d'autres termes, si leur exception contre l'action de l'agent du trésor, tirée des lois concernant l'organisation du grand livre de la dette publique, doit être accueillie?

» La quatrième question est celle de savoir, dans le cas où la cour jugerait que les notaires sont tenus de la réparation du dommage, suivant quel mode ce dommage sera réparé par eux?

» Nous devons examiner d'abord si l'action de l'agent du trésor public est recevable.

» On a cherché à écarter cette action par une fin de non-recevoir....; un long intervalle de temps s'est écoulé (a-t-on dit), et l'agent du trésor n'a formé aucune action contre les notaires.

» Il y a plus: l'agent du trésor, pressé par les légitimes propriétaires des rentes volées, a traité avec eux, en l'absence des notaires.

« Il devait laisser s'engager le débat entre ces propriétaires et lui, appeler les notaires en garantie: de leur côté, les notaires auraient appelé les vendeurs, les acheteurs, les agens de change; ils auraient, à leur tour, exercé leur recours contre ceux-ci. En traitant, ainsi qu'il lui a plu de le faire, sans les appeler, l'agent du trésor a fait périr pour les notaires toutes les actions qu'il serait obligé de leur céder. La demande formée par lui contre eux, aujourd'hui que cette cession d'actions est devenue par son fait impossible, est irrecevable.

» Il est plus d'une réponse à cette fin de non-recevoir.

» 1°. Nulle prescription contre l'action de l'agent du trésor. Les procurations sont des 29 nivôse, 11, 26 pluviôse, 8 floréal an 8. Les transferts sont des 4, 21, 29 pluviôse et 16 floréal; la plainte, du 13 thermidor; l'arrêt de la cour criminelle, du 16 nivôse an 9. Les arrêtés du gouvernement, qui ont ordonné le rétablissement des Inscriptions au profit des propriétaires volés, sont datés des 9 germinal et 14 fructidor an 11. La demande de l'agent du trésor a été formée le 30 thermidor an 11.

» Voilà la réponse à la première partie de l'objection.

» 2°. La seconde est un peu plus sérieuse. L'agent du trésor a traité sans appeler les notaires et par là il s'est mis dans l'impossibilité de leur céder les actions qui leur appartenaient contre les vendeurs, contre les acheteurs, contre les agens de change. Donc, non-recevable.

» De bonne foi, où est la force d'une pareille fin de non-recevoir? De quoi se plaignent les notaires? De quelles actions ont-ils été privés par ce traité intervenu, en leur absence, entre le gouvernement et les propriétaires des rentes? A quoi ces actions auraient-elles abouti? Où sont enfin les pertes qu'ils ont faites?

» Le gouvernement, ou l'agent du trésor, s'est mis dans l'impossibilité de leur céder ses actions contre les vendeurs!

» Qu'est-ce à dire *les vendeurs*? Lisez la procédure criminelle, vous le verrez; il n'en est pas d'autres que Brossier, et Brossier a été poursuivi par la voie criminelle.

» Brossier a été acquitté par le jury. A qui faut-il s'en prendre?

» Brossier est, en ce moment encore, poursuivi par la voie civile.

» Les notaires ont-ils pris des conclusions contre lui? Non. Pourquoi? Parcequ'ils savent que Brossier est en fuite; que, fût-il présent, il n'offre aucune prise à l'exécution des condamnations qui pourraient être prononcées contre lui.

» Mais les acheteurs! mais les agens de change! Lisez encore la procédure criminelle, et vous y verrez que ces agens de change, que l'on disait n'avoir point été appelés, ont été entendus; qu'on a discuté avec beaucoup de soin les opérations par lesquelles les rentes avaient passé dans les mains des acheteurs; que l'on a reconnu que, acheteurs et agens de change, tous avaient été de bonne foi; que les négociations avaient été faites en bourse, d'une manière régulière, qu'elles étaient à l'abri de tout reproche.

» Ces regrets des notaires, qui se plaignent d'être aujourd'hui privés de toute action en recours contre les acheteurs, les agens de change et les vendeurs, ne peuvent être bien sérieux. Ces recours, ces actions n'eussent pu produire aucun effet utile.

» Donc, point de perte pour eux.

» Donc, nul préjudice de ce traité qui, disent-ils, leur a fait perdre leurs actions, auquel ils n'ont point été appelés, auquel ils ne devaient point l'être.

» Donc point de fin de non-recevoir....

» Maintenant abordons les questions, plus importantes, du fond, et cherchons d'abord quelle est la véritable cause du dommage souffert par le trésor public.

» Ce dommage, disent les notaires, a eu lieu par le fait des agens du trésor. 1°. On ne peut nier que les Inscriptions ont été volées dans les cartons de la trésorerie, et tout annonce qu'elles l'ont été par des employés. Première faute des agens du fisc. 2°. Lorsque Brossier s'est présenté dans les bureaux pour consentir les transferts, on devait vérifier si les bulletins de dépôt étaient rentrés; si on l'eût fait, on se serait aperçu que ces bulletins étaient encore dans les mains des propriétaires légitimes; l'absence de ces bulletins aurait été un indice sûr du vol; le voleur, le faussaire aurait été arrêté avant la consommation du crime.

» Cette précaution n'a point été prise. Seconde faute des agens du fisc.

» Inutilement l'agent du trésor prétend-il que ce vol des Inscriptions, la soustraction qui en a été faite des cartons, n'est pas la véritable cause du dommage; que ces Inscriptions, dans la main du voleur, étaient un papier inutile, puisqu'elles étaient un titre nominatif qui ne pouvait servir au porteur qu'autant qu'il prouvait qu'il en était le légitime propriétaire; qu'ainsi, le vol est un fait qui n'a pu en soi occasioner aucune perte, ni aux propriétaires des objets volés, ni au trésor; que le dommage n'a été causé que par les procurations, dans lesquelles les notaires ont attesté que les porteurs étaient, ainsi qu'ils se disaient, les individus désignés par les Inscriptions.

» Ce système de l'agent du trésor disparaît, 1°. devant la loi qui réglait les transferts des Inscriptions; 2°. devant la manière dont elle a été exécutée jusqu'au moment où la découverte du vol des quatre Inscriptions a décidé le ministre à s'écarter de ses dispositions.

» En effet, qu'on lise et la loi et le rapport qui l'a précédée, et l'on demeurera convaincu que l'intention du législateur a été de mobiliser, plus encore qu'on ne l'avait fait jusqu'alors, les rentes sur l'Etat, d'en rendre la circulation facile à l'égal même de la monnaie; que, pour arriver à ce résultat, si utile au crédit public, on avait dégagé les transferts de toute espèce de formalité; que la loi voulait en un mot qu'il suffit de la présence de l'Inscription dans les mains du porteur, pour l'en faire présumer propriétaire, pour lui constituer le droit de la transférer.

» Ainsi, par le vol, les quatre Inscriptions avaient passé dans les mains de Brossier; Brossier en était le détenteur, et déjà par ce seul fait, le tort, le dommage existait. Il n'avait pas besoin d'autre chose pour consommer le dommage, pour acquérir, aux yeux des employés de la trésorerie, le droit d'user de ses Inscriptions, comme de sa chose propre, le droit d'en faire le transfert. Il n'avait pas besoin de procuration : l'Inscription était présentée par lui : dès lors nulle formalité à remplir. Sur la simple production de cette pièce, les agens du trésor étaient tenus de recevoir, d'opérer le transfert; nulle raison ne pouvait s'y opposer.

» Et c'est ainsi que la loi a toujours été exécutée; l'exécution de la loi, dans ces termes, est de notoriété publique; elle ne peut être contestée.

» S'il en est ainsi; si la perte, le dommage ont été consommés par le vol seul; si le vol seul a laissé au détenteur de la pièce le pouvoir d'en user, de la transférer, de la vendre, d'en consommer la perte pour les propriétaires, qu'importe la procuration? La procuration a été un acte inutile, sans influence sur le dommage : le dommage a pu exister sans elle : elle n'a point été un agent, un moyen nécessaire du transfert, puisque sans elle le transfert a pu s'opérer. Le transfert ne pouvait, au contraire, exister sans l'Inscription.

» En deux mots, sans le vol, point de procuration, point de transfert.

» Le vol est donc la véritable, l'unique cause du dommage. Or, le vol a été commis par la faute des agens du trésor.

» Donc eux seuls sont passibles du dommage.

» Reprenons cette argumentation des notaires.

» Le vol a été commis par la faute, peut-être même par le fait de quelque agent du trésor. Soit! nous accordons cette proposition.

» Le vol est la véritable, l'unique cause, la cause immédiate, directe du dommage! Nous ne sommes plus d'accord.

» Ici, il faut analyser brièvement les lois concernant la dette publique, seulement dans les dispositions relatives à la question.

» Le 24 août 1793, une première loi ordonna la formation du grand livre de la dette publique. L'art. 161 contient une disposition par laquelle les rentes sur l'État, jusqu'alors réputées immeubles, sont assimilées aux créances purement mobilières.

» Le 9 vendémiaire an 6, une seconde loi réduisit la dette publique à un tiers, qui fut appelé *tiers consolidé*, et ordonna que les deux tiers seraient remboursés en bons appelés *bons de deux tiers*.

» Ces lois, et quelques autres encore, assujétissaient les rentiers à différentes formalités, soit pour la perception des arrérages, soit pour le transfert du fonds même des rentes : certificats de propriété, certificats de non-opposition, certificats de résidence, certificats de paiement de contributions, (en certains temps même, certificats de civisme); acte de mutation, de transfert devant un notaire ou un juge de paix.

» La loi du 8 nivôse an 6 affranchit les Inscriptions de toute opposition : il fut dit qu'il n'en serait plus reçu aucune à l'avenir.

» Les lois des 22 et 28 floréal an 7 les dégagèrent de toutes ces entraves, dont avait pris plaisir à les surcharger une administration violente, inquiète, soupçonneuse.

» L'une prescrit les *mesures pour assurer et faciliter le paiement des rentes et pensions*. L'autre est *relative aux transferts de la dette publique*.

» La première, art. 5, porte : *Les arrérages dus pour rentes perpétuelles seront payés au* PORTEUR *de l'extrait d'Inscription au grand livre, sur la représentation qu'il en fera*. Oui, il est très-vrai; et sans parler des motifs de la loi longuement développés dans le rapport fait le 6 floréal au conseil des cinq-cents, il suffit du texte pour prouver que le législateur a voulu qu'à l'avenir les arrérages pussent être payés au porteur de l'Inscription, quel qu'il fût, et sans qu'il fût besoin ni de certificat d'individualité, ni de procuration, ni d'aucune espèce de formalité.

» Qu'a voulu la seconde loi, celle du 28 floréal, à l'égard des transferts? Nous devons la lire tout entière..... (*V. ci-devant*, §. 2).

» Nous le demandons : est-il bien vrai que cette loi ait dû être, qu'elle ait toujours été entendue dans ce sens absolu, que, pour être autorisé à opérer un transfert, comme pour recevoir les arrérages, il ait suffi d'être porteur de l'Inscription?

» D'abord, observons que la loi a distingué deux cas : 1°. celui où le transfert est fait, soit *par le vendeur ou le propriétaire* (nous prouverons tout à l'heure que, dans la loi, ces deux mots sont synonymes), soit par son fondé de pouvoir; 2°. celui où le transfert est fait par l'héritier du propriétaire de l'Inscription.

» On ne soutiendra point, parceque la loi est ici trop claire et parle trop haut, que, dans ce second cas, il suffise de la production de l'Inscription, et qu'il n'y ait pas pour le vendeur nécessité de produire un acte constatant son droit à la rente.

» Dans le premier cas, il est vrai aussi que la loi n'exige expressément aucun certificat de propriété, ou d'individualité; mais aussi elle ne dit point que, dans le doute, il est défendu de l'exiger, ainsi que dans la loi du 22 floréal, elle avait dit expressément, art. 1er., *qu'il ne pourrait être exigé des rentiers d'autres pièces ou formalités que la représentation de l'Inscription*.

» La loi n'a point littéralement exigé ces certificats de propriété, d'individualité; et de là on conclud qu'elle a entendu autoriser les transferts par tout porteur d'Inscription, indistinctement et quel qu'il fût.

» En droit, cette conséquence est une erreur très-grave.

» 1°. La loi ne se sert pas ici, ainsi qu'elle l'a fait quand elle a parlé des arrérages, du mot *porteur;* le *vendeur*, a-t-elle dit, *se présentera*, etc. Qu'a-t-elle donc entendu par ces mots, *le vendeur*, autre chose que le propriétaire?

» Voulez-vous en avoir la preuve? On a beaucoup cité le rapport. Eh bien! voici comment il s'exprime : *Si le* PROPRIÉTAIRE *peut transmettre son Inscription sans frais sur-le-champ, comme un effet passé d'un porteur à un autre, c'est alors qu'elle se fera rechercher*.

» Faut-il une autre preuve qu'ici le vendeur est synonyme de *propriétaire?* Lisez la deuxième partie de l'art. 3 de la loi : *la minute du transfert sera signée par le vendeur ou son fondé de pouvoir spécial*. Lisez aussi dans le modèle de déclaration ces mots..... *Dont le citoyen... est* PROPRIÉTAIRE *sur le grand livre*.....

» Est-il assez clairement prouvé qu'un transfert ne peut être fait que par deux sortes de personnes, le *propriétaire*, ou celui qui le représente en vertu de pouvoir spécial; qu'ainsi, il ne suffit pas d'être *porteur;* qu'il faut être du propriétaire, du fondé de pouvoir?

» De là il résulte que tout le système des notaires, fondé sur cette unique supposition, que la détention manuelle de l'Inscription donnait à Brossier la faculté d'opérer le *transfert*, qu'il aurait pu transférer les quatre Inscriptions sans les procurations, qu'ainsi le dommage a été consommé par le seul fait du vol, porte tout entier sur une erreur de droit, sur une interprétation fausse de la loi.

» Mais on insiste, et l'on répond que c'est toujours ainsi que la loi a été exécutée.

» Entendons-nous bien sur le fait de l'exécution de la loi dans le sens que les notaires lui donnent, et gardons-nous des équivoques.

» Veut-on dire que tous les transferts qui se sont opérés depuis la loi du 28 floréal an 7, jusqu'au moment où le ministre a exigé la représentation de certificats d'individualité, se sont opérés sans ces certificats? Nous en conviendrons, si l'on veut.

» Oui, tous les propriétaires qui ont vendu, ont pu vendre, ont vendu même, si l'on veut, sans être astreints à la formalité des certificats d'individualité. On n'a eu aucun doute sur les droits des vendeurs, sur leur véritable qualité de propriétaires. Et il y a aussi cela de remarquable qu'aucun de ces transferts n'a été depuis attaqué, comme fait par des faussaires, par des individus qui aient osé se donner, dans les bureaux de la trésorerie, pour ceux que désignaient les Inscriptions. Et il y a cela de remarquable encore, que, sur le nombre prodigieux de transferts qui se sont opérés depuis la formation du grand livre, on ne cite que cinq faux, l'un commis par suite de soustraction de pièces dans l'étude du notaire Cabal, et dont la trésorerie ne s'est point chargée de poursuivre la réparation, par le motif que ce vol n'avait point été commis dans ses bureaux; les quatre autres sont ceux commis par Brossier, avec les quatre procurations des trois notaires de Paris et du notaire de Tours.

» Veut-on dire que tous ces transferts opérés par les propriétaires ou leurs fondés de pouvoir, ont été admis par les agens du trésor, comme les arrérages ont été payés, par cette seule considération que les vendeurs étaient porteurs des Inscriptions? Veut-on surtout prétendre que, dans le doute sur les droits des vendeurs, on n'aurait pas pu exiger d'eux la preuve de ces droits; que, si cette preuve eût été demandée, elle eût pu être refusée; qu'on aurait été tenu, au contraire, d'admettre aveuglément les transferts, comme la loi du 22 floréal voulait que les arrérages fussent payés sur la simple représentation de l'extrait d'Inscription?

» Nous ne pouvons encore cette fois être d'accord avec les notaires.

» Il suffit de comparer entre elles les deux lois du 22 et du 28 floréal an 7, pour apercevoir tout le vide de leur système, pour reconnaître qu'il n'en pouvait être du transfert comme de la perception des arrérages; que ceux-ci pouvaient être payés au porteur de l'Inscription; qu'à l'égard du transfert, il ne pouvait s'opérer que par la manifestation de la volonté du propriétaire vendant en personne, ou par un fondé de pouvoir; qu'à la vérité, la loi n'assujétissait point le vendeur à la nécessité de prouver son droit par un certificat d'individualité ou de propriété; mais que la loi n'interdisait pas aux employés de la trésorerie, dans le cas de transfert, comme elle l'a fait dans le cas de perception d'arrérages, la faculté d'exiger ces certificats s'ils avaient des doutes, s'il leur apparaissait quelques indices de fraude, de vol; qu'ainsi, il est faux, en point de droit, de soutenir que Brossier, par cela seul qu'il était porteur des quatre Inscriptions, pouvait les transférer, forcer les agens de la trésorerie à opérer les transferts, qu'il pouvait ainsi consommer le crime et le dommage, et qu'il le pouvait, sans employer les procurations dont il a fait usage.

» Mais nous irons plus loin, et nous admettrons un moment ce système. Nous admettrons avec les notaires que la loi du 28 floréal an 7 donnait à Brossier la faculté de faire les transferts sur la simple production des quatre Inscriptions; que Brossier aurait pu parvenir à surprendre quatre fois les employés de la trésorerie, tantôt sous le nom de Gambart, tantôt sous celui de Pin, tantôt sous celui de Marie, tantôt enfin sous celui de Farjon; que nul soupçon ne se serait élevé dans l'esprit des employés; qu'ils auraient admis, sans difficulté aucune, les douze transferts consentis par le même individu, les 4, 11, 26 pluviôse et 16 floréal, empruntant ainsi successivement quatre noms différens; c'est-à-dire que nous voulons bien aller jusqu'à l'absurde, que nous consentons à admettre la plus grossière des invraisemblances.

» Dans ce cas encore, la cause des notaires n'en deviendra pas meilleure.

» Leur défenseur a toujours argumenté par hypothèse; et de ce que, dans tel cas qui n'est point le nôtre, il aurait pu arriver telle ou telle chose, il en a tiré, quant à notre espèce, quant au cas dans lequel nous sommes, toutes les conséquences qui lui ont paru favorables à sa cause. Ainsi, de ce que Brossier aurait pu faire le transfert sans les procurations, de ce que les procurations lui étaient inutiles, de ce qu'enfin le crime et le dommage auraient pu se consommer sans l'emploi des procurations, il en conclud que, encore bien que, dans l'espèce, il y ait eu emploi de procurations, ce n'est point par elles que le crime, que le dommage s'est consommé; d'où il descend à cette conséquence, que les auteurs des procurations ne sont tenus de la réparation d'aucun dommage.

» Tout le vice d'une pareille argumentation s'aperçoit au premier coup d'œil.

» Il ne s'agit pas de savoir ce qui aurait pu se faire, mais ce qui s'est fait; vous avez à juger ce qui est, non ce qui aurait pu être : enfin nous ne discutons point de vaines hypothèses, mais des réalités, des faits positifs, des actes matériels.

» Laissons donc les chimères et venons aux réalités.

» Il y a eu, dans l'espèce, trois délits bien distincts.

» *Premier délit.* Le vol des Inscriptions dans les cartons de la trésorerie.

» *Second délit.* Faux commis en écritures authentiques et publiques, dans la rédaction et la signature des procurations.

» *Troisième délit.* Emploi de ces procurations, pour parvenir aux transferts.

» Nous ne cherchons pas quel a été l'auteur du premier délit; ce n'est point là l'objet qui nous occupe. Nous croyons avoir démontré que ce délit isolé, ce vol, s'il n'eût été suivi des deux autres délits, de la rédaction et de l'emploi des fausses procurations, n'aurait été qu'un crime stérile, qui n'aurait apporté ni bénéfice à son auteur, ni dommage aux propriétaires volés.

Les jurés ont déclaré qu'il n'était pas constant que Brossier fût le signataire des fausses procurations; les deux experts écrivains s'étaient accordés à dire que les quatre procurations avaient été signées par lui.

» Les jurés ont reconnu, et sur ce fait il était difficile de s'abuser, que Brossier avait fait usage des procurations fausses.

» Brossier a été acquitté par suite de cette autre déclaration des jurés, qu'il n'était pas constant qu'il en eût fait usage, sachant qu'elles fussent fausses.

» Quelle que soit notre opinion sur cette déclaration des jurés, voilà qu'il est constant que Brossier a fait usage des procurations; que c'est à l'aide de ces procurations, qu'il a opéré les douze transferts des douze parties, dans lesquelles les quatre Inscriptions ont été divisées : on ne niera point ce fait.

» Ainsi, il est démontré, ou il faut renoncer à jamais rien prouver aux hommes, que les transferts ont été faits en vertu des procurations. Voilà la vérité; c'est de ce fait qu'il faut partir.

» Maintenant, qu'importe de chercher si les transferts auraient pu se faire autrement? Encore une fois, il s'agit de ce qui s'est fait, et non de ce qui aurait pu se faire. Ce n'est point en prenant la fausse qualité de propriétaire des quatre Inscriptions, ce n'est point comme porteur de ces Inscriptions, c'est à un autre titre, c'est comme fondé des pouvoirs spéciaux de Pin, Gambart, Marie, Farjon, que Brossier a fait les transferts : c'est comme porteur de ces procurations qu'il a agi.

» Où est le faux?

» Ce n'est point dans les extraits d'Inscription, dans ces quatre actes énonciatifs des droits de Pin à une Inscription de 10,733 francs, de Farjon à une Inscription de 1833 francs, de Marie à une Inscription de 1581 francs, de Gambart à une Inscription de 1336 francs : les énonciations de ces actes ne sont pas mensongères.

» Le faux est dans les procurations, dans lesquelles un individu s'est dit successivement Farjon, Pin, Gambart, Marie.

» Le faux est dans cette déclaration des quatre notaires, que sont comparus devant eux *Farjon*, *Pin*, *Gambart* et *Marie*.

» C'est sur la production de ces quatre actes, c'est sur ces actes attestant que Pin, Gambart, Farjon, Marie, avaient comparu devant les notaires, qu'ils avaient donné pouvoir de transférer leurs Inscriptions, que les agens de la trésorerie ont vu dans celui qui en était porteur, le fondé de pouvoir de Pin, de Gambart, de Farjon, de Marie, qu'ils ont vu Pin, Gambart, Marie, Farjon eux-mêmes : c'est sur la présentation de ces procurations, bien plus que sur la production des Inscriptions, qu'ils ont admis le transfert : le transfert, la vente a été opérée, bien moins sur la production de la pièce constatant le droit aux rentes, que sur celle de l'acte constatant la volonté et le pouvoir de les vendre.

» Il est donc vrai que, en point de fait, et dans l'espèce à juger, les transferts ne se sont opérés que par les procurations; que le crime, que le dommage, ne s'est consommé que par suite de l'erreur dans laquelle les procurations ont jeté les agens du trésor.

» Concluons que c'est dans l'usage qui a été fait des procurations, que c'est dans les procurations elles-mêmes, qu'il faut chercher la cause directe, immédiate, du dommage dont l'agent du trésor poursuit la réparation.

» C'en est assez sans doute sur ce premier reproche fait aux agens du trésor, tiré de ce que le vol est la véritable cause du dommage et que le vol a été commis dans les bureaux de la trésorerie.

» Deux mots seulement sur cet autre reproche qui leur a été aussi adressé, sur ce que, dit-on, ils ont omis, lors des transferts,

de vérifier si les bulletins de dépôt étaient rentrés entre leurs mains.

» Il est vrai que, si l'on se fût avisé de cette vérification, l'absence des bulletins aurait pu éveiller les soupçons des employés de la trésorerie, suspendre l'opération, et même arrêter la consommation de la fraude; mais de ce que cette précaution n'a point été prise, suit-il de là que cette omission soit la cause directe du vol, du dommage? Cette omission fait-elle disparaître la véritable cause, l'erreur produite par les procurations? Nous ne le pensons pas.

» Au surplus, cette omission ne pourrait être imputée à tort aux agens de la trésorerie, qu'autant que cette vérification de bulletin aurait été une formalité prescrite, soit par une loi expresse, soit par un règlement particulier. Or, à cet égard, on ne cite ni règlement ni loi.

» La distribution de ces bulletins de dépôt n'avait eu d'autre but que de laisser à celui qui avait déposé son Inscription, pour subir la réduction ordonnée par la loi du 9 vendémiaire an 6, un titre à l'aide duquel il pût venir la réclamer, après l'opération terminée. L'Inscription une fois remise en échange du bulletin, nul règlement n'astreignait les employés à vérifier si ce bulletin était rentré chaque fois que l'Inscription était représentée, soit pour toucher les arrérages, soit pour opérer un transfert. Alors, la seule production de l'Inscription était une présomption légale que l'échange contre le bulletin en avait été fait d'une manière régulière, et que le bulletin était rentré.

» Encore une fois, sans doute, on eût, dans l'espèce, agi très-sagement, si l'on eût fait la recherche des bulletins; mais les agens de la trésorerie n'étaient pas tenus à la faire, et rien ne leur en indiquait la nécessité : la présence des procurations même leur annonçait que l'échange de l'Inscription contre le bulletin avait été fait régulièrement.

» Il n'y a dans l'omission de cette précaution ni faute lourde, ni même faute légère; et s'il est vrai de dire que cette précaution prise aurait empêché la consommation du vol et du dommage, il serait souverainement injuste de conclure de là que l'on doit regarder comme les véritables auteurs du vol et du dommage, ceux qui, ayant pu prendre cette précaution, n'en ont rien fait; comme il serait absurde de prétendre que celui-là est l'auteur du vol commis dans sa maison, qui, ayant pu faire garder la porte ou murer la fenêtre par laquelle se sont introduits les voleurs, s'est abstenu de prendre cette utile précaution.

» Nous croyons, messieurs, qu'il vous est démontré que la cause de la perte qu'ont souffert les propriétaires des Inscriptions, il faut la chercher, non dans l'omission de la vérification des bulletins de dépôt, non dans le fait du vol des Inscriptions soustraites des cartons de la trésorerie, mais dans les actes par lesquels le voleur est parvenu à tromper les agens de la trésorerie, à leur persuader qu'il était le représentant des propriétaires, et que ceux-ci lui avaient donné pouvoir de vendre leurs Inscriptions.

» Nous avons donné quelques développemens à la discussion de cette seconde question, parceque là se sont présentées, sinon toutes, au moins les principales difficultés.

» La discussion de la troisième question pourra s'en abréger, et présentera moins d'incertitudes à lever.

» Cette question est celle de savoir si les trois notaires, Colin, Porlier et Lallemand, chez qui ont été reçues les trois procurations sous les noms de Marie, Gambart et Farjon, sont, aux termes des anciennes ordonnances et des lois nouvelles, tenus de réparer le dommage causé par l'usage qui a été fait de ces actes; et, en traitant cette question, se présentera naturellement l'examen de l'exception opposée à l'action de l'agent du trésor, et tirée de la loi du 28 floréal an 7.

» Après tout ce que nous avons dit sur la seconde question, notre tache, quant à la troisième, sera bientôt remplie.

» L'ordonnance de Louis XII, de 1498, art. 65, porte : *Les notaires ne recevront aucun contrat, s'ils ne connaissent les personnes, ou qu'ils soient certifiés et témoignés être ceux qui contractent, sur peine de privation de leur office.*

» L'ordonnance de François Ier., de 1535, ch. 19, art. 7, s'exprime de même.

» Dans la loi du 29 septembre 1791, sur le notariat, on lit également tit. 1, §. 2, art. 5, cette disposition : *Les notaires ne pourront instrumenter sans connaître le nom, l'état et la demeure des parties, ou sans qu'ils leur soient attestés dans l'acte par deux citoyens ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires.*

» On sait que la loi plus récente du 25 ventôse an 11, contient, art. 11, §. 21, une disposition semblable.

» Inutile de développer ici l'utilité, la nécessité de cette loi, comme d'insister, dans l'intérêt même des notaires, sur sa stricte exécution.

» Toutes ces lois sont claires et précises, et, quoique devant les premiers juges, on n'ait agité d'autres questions que celles de savoir si ces lois étaient tombées en désuétude, comment elles devaient s'entendre, comment elles devaient s'exécuter, si elles devaient l'être à la rigueur, ou si l'on pouvait y suppléer par des équivalens; enfin, si elles étaient applicables aux notaires Colin, Porlier, Lallemand et Archambaut, dont chacun se croyait dans une espèce plus ou moins favorable; quoiqu'on ait dit alors, quoiqu'on puisse dire aujourd'hui, il est impossible d'équivoquer sur des textes aussi impératifs : *Un notaire ne peut instrumenter sans connaître, ou sans se faire attester dans l'acte par deux témoins, le nom, l'état et la demeure des parties qui contractent devant lui.*

» Si, au mépris de cette disposition, un notaire reçoit un acte pour un individu non connu de lui, et dont le nom et l'état ne lui sont point attestés par des témoins en qui il puisse avoir foi, ne sera-t-il pas vrai de dire que ce notaire aura commis une infraction grave à la loi?

» Si un notaire se permet d'attester dans un acte émané de lui, que tel a comparu devant lui, a fait telle disposition, consenti telle vente, donné telle procuration, telle main-levée d'opposition, telle quittance, sans s'être assuré que cet individu est ce qu'il se dit être, ne sera-t-il pas vrai de dire que ce notaire s'est écarté de ses devoirs d'une manière fort reprehensible?

» S'il a été ensuite fait de cet acte un usage tel qu'il en soit résulté un dommage réel pour un tiers, si la propriété de ce tiers a été envahie à l'aide de cet acte, et par suite de la foi qu'il commandait, ne sera-t-il pas vrai de dire que le notaire qui lui aura donné, par sa signature, un caractère authentique, dont le nom a commandé la foi qu'on y a eue, doit être considéré, sinon comme l'auteur, du moins comme la cause du dommage? Et alors ne sera-t-il pas vrai de dire aussi que, cause du dommage, le notaire est tenu de le réparer?

» Aujourd'hui, on ne peut nier aucune de ces conséquences, mais on prétend y échapper à la faveur d'une loi d'exception, parce que, dit-on, les ordonnances de 1498, de 1535, la loi de 1791, ne sont point ici applicables, parceque l'espèce est ici réglée par une loi particulière, par la loi du 28 floréal an 7.

» Or, voici le raisonnement des notaires.

» La loi du 28 floréal an 7 a affranchi les transferts de toute formalité. Tel était le mode d'exécution de cette loi à la trésorerie, que les employés étaient tenus, sur la simple représentation de l'Inscription, et sans justification de certificat d'individualité, d'admettre le transfert.

» Lorsque le propriétaire d'une Inscription se présentait chez un notaire, pour passer une procuration à l'effet de consentir le transfert de sa rente, le notaire, remplissant en cette circonstance les fonctions des agens de la trésorerie, n'avait pas le droit d'être plus difficile qu'eux. Et comme à la trésorerie la production de l'Inscription suffisait pour que le transfert fût admis; ainsi, dans l'étude du notaire, la production de l'Inscription devait suffire, pour que la procuration à l'effet de la vendre fût reçue, sans autre formalité.

» Or, c'est ainsi que les choses se sont passées à l'égard des notaires Porlier, Colin et Lallemand. Ils ne connaissaient point les individus qui se sont dits être Gambart, Marie et Farjon. Mais ces individus, qui voulaient donner pouvoir de vendre les Inscriptions de Marie, Farjon et Gambart, étaient porteurs de ces Inscriptions. Cela a dû suffire pour persuader aux notaires que ces individus étaient réellement ce qu'ils se disaient être, c'est-à-dire, les propriétaires des Inscriptions. Le notaire n'avait pas plus le droit d'exiger des porteurs de ces Inscriptions, qu'ils fissent attester par des témoins qui ils étaient, que le commis de la trésorerie, chargé d'opérer le transfert, n'était en droit d'exiger un certificat d'individualité. Si le notaire eût voulu se faire certifier les noms, état et demeure, comme le voulaient les lois anciennes et nouvelles, n'aurait-il pas couru le risque du soupçon de vouloir porter atteinte au crédit, en arrêtant la circulation des effets publics?

» Voilà bien l'objection dans toute sa force : si nous l'avons resserrée, on ne nous accusera pas de l'avoir affaiblie.

» A notre égard, ainsi que nous l'avons observé en réfutant une autre partie du système des notaires, il nous semble que cette objection porte encore et sur une base fausse en point de droit, et sur une vaine et pure hypothèse.

» 1°. Nous croyons avoir prouvé qu'il était faux de prétendre que le commis fût toujours forcé, par la seule production de l'Inscription, d'opérer le transfert, et que, en aucun cas, même lorsqu'il pouvait avoir juste raison de soupçonner la fraude, il ne lui était pas permis d'exiger la preuve du droit du porteur.

» C'est donc une erreur de soutenir que le transfert à la trésorerie fût toujours et nécessairement obligé, par cela seul que l'Inscription était représentée.

» Ainsi, elle est inadmissible la conséquence que les notaires tirent de cette proposition évidemment erronée, pour arriver à établir que la production de l'Inscription a dû leur suffire, et les décider à recevoir la procuration à l'effet de la vendre.

» 2°. Nous consentons cependant à admettre que, dans les bureaux de la trésorerie, le transfert ne pouvait être refusé à celui qui, s'en disant propriétaire, représentait l'Inscription qu'il voulait transférer.

» Quelle conséquence les notaires pourront-ils en tirer en leur faveur? Si les transferts par les propriétaires, vendant en personne, ont dû s'opérer de la sorte, c'est en vertu d'une loi particulière concernant les transferts.

» Ainsi, à l'égard des propriétaires des Inscriptions, cette loi a voulu qu'ils pussent en faire le transfert sans formalité, par un acte transcrit sur un registre de la trésorerie, et signé d'eux. Par là, elle a réglé la forme des transferts par les propriétaires en personne.

» Mais lorsqu'elle a prévu le cas où le transfert se ferait par un fondé de pouvoir spécial, a-t-elle modifié les lois générales concernant les actes passés devant notaires? Non, elle est muette à cet égard.

» Ces lois doivent donc recevoir leur exécution, à l'égard des procurations à l'effet de transférer les rentes sur l'Etat, comme à l'égard de toute autre.

» Il ne faut pas, ainsi que cela est arrivé souvent aux notaires, se placer toujours hors du véritable point de la cause; des dispositions applicables au cas où le transfert se fait par le propriétaire en personne, il ne faut pas argumenter au cas où le transfert se fait par un procureur fondé. Dans le premier cas, qui n'est pas celui où nous nous trouvons, une loi spéciale a parlé; elle doit être suivie : dans le second cas, qui est celui de la cause, les lois générales s'expliquent; il faut les exécuter. Or, l'ont-elles été? Voilà toute la question, et la solution n'en est embarrassante pour personne.

» C'est à coup sûr une manière de raisonner bien étrange que de dire :

» Telles sont les dispositions de la loi du 28 floréal an 7, tel était le mode d'exécution de cette loi, que le voleur des quatre Inscriptions aurait pu, en s'en disant effrontément le propriétaire, et sur leur simple représentation, en opérer le transfert sans difficulté; et alors on n'aurait pu s'en prendre aux agens de la trésorerie, mais à la loi seule;

» Donc les notaires, parcequ'ils ont vu les Inscriptions dans les mains d'individus qui sont venus passer dans leurs études des procurations à l'effet de les vendre, ont dû croire que ceux-là en étaient les propriétaires;

» Donc ils ont pu attester dans les actes signés par eux, que ces individus, qui ne leur étaient en aucune façon connus, étaient ce qu'ils se sont dits être, l'un *Farjon*, l'autre *Gambart*, et le troisième *Marie*.

» Nous doutons qu'une semblable dialectique obtienne un grand succès auprès de la cour.

» Nous devons le répéter : nulle parité entre le transfert opéré à la trésorerie par le propriétaire, ou celui qui se dit l'être, et la procuration donnée à l'effet de consentir ce transfert : ces deux actes sont soumis, l'un à une loi particulière, l'autre à des lois générales. Nulle induction à tirer de l'un à l'autre.

» Si le commis a été trompé par un faussaire, qui se sera dit l'individu désigné par l'Inscription, nul reproche à lui faire, sa confiance a été commandée par la loi : il n'appartient à personne de prétendre être plus sage, faire mieux qu'elle.

» Il n'en est pas de même du notaire. La loi du 28 floréal ne lui a pas commandé de prendre une confiance aveugle dans tout individu qui se présenterait à lui comme porteur d'une Inscription; elle ne lui a pas commandé de recevoir, sans examen, sa procuration à l'effet de la vendre. Et les lois générales sur l'exercice de ses fonctions, lui ont défendu d'instrumenter pour un individu qu'il ne connaît point. Elles lui ont défendu d'attester qu'un homme qu'il ne connaît point, et qui ne lui est point *certifié*, a comparu devant lui, qu'il est réellement ce qu'il se dit être.

» Ainsi, les lois générales concernant les actes passés devant notaires, avertissaient MM. Colin, Lallemand et Porlier, de ce qu'ils devaient faire, des précautions qu'ils devaient prendre, en recevant les procurations pour lesquelles on a employé leur ministère; et la loi particulière concernant les transferts faits en vertu de procurations, ne contenait aucune modification à ces lois générales; celles-ci devaient donc être exécutées. Cette exécution n'a pas dû être arrêtée par la loi du 28 floréal an 7; l'exception que les no-

taires ont tirée de cette loi, n'est point admissible.

» Si cette inexécution des lois générales, concernant l'exercice des fonctions des notaires, a causé un tort, un dommage à quelqu'un, ceux qui se sont rendus coupables de cette violation de la loi, doivent être tenus de la réparation du dommage.

» Ceci nous conduit à chercher comment s'opérera cette réparation.... Posons quelques principes.

» Celui qui a commis un délit, ou un quasi-délit, est obligé à la réparation du tort qui a pu en résulter.

» Le quasi-délit est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre.

» Que les notaires se sont rendus coupables d'une extrême imprudence, lorsqu'ils ont attesté, dans les procurations dont il s'agit, que les individus qui avaient comparu devant eux, et qui ne leur étaient ni connus ni régulièrement *certifiés*, étaient, ainsi qu'ils se disaient être, celui-ci Gambart, celui-là Marie, cet autre Farjon; que l'usage qui a été fait de ces procurations, leur production aux agens de la trésorerie, a consommé la fraude par laquelle les Inscriptions ont péri pour les propriétaires légitimes; que, en réparation de cette fraude, la trésorerie a été tenue de remplacer, pour ces propriétaires, les Inscriptions qui leur avaient été volées; que, par là, elle a souffert un dommage notable : ce sont autant de propositions qui ne nous paraissent plus pouvoir être contestées.

» Quelle en est la conséquence? N'est-elle pas que les auteurs des procurations sont tenus de réparer ce dommage?

» Pour se faire une idée exacte de la réparation dont sont tenus les notaires, il faut s'en faire une du dommage; car c'est ce dommage tout entier, tel qu'il existe, qu'il faut réparer, *nec ultrà quod re verâ inducitur damnum* : la trésorerie ne doit point s'enrichir de cette réparation; mais aussi elle doit sortir de ce démêlé entièrement indemne.

» Les premiers juges ont condamné les notaires, 1°. à fournir à la trésorerie des Inscriptions de pareille quotité que celles vendues par suite des procurations passées dans leurs études, ou à en payer la valeur au cours des jours où les transferts se sont opérés; 2°. à payer à la trésorerie les arrérages échus du 1er. germinal an 8, jusqu'à l'époque de la jouissance de l'Inscription qui sera fournie.

» L'agent du trésor public attaque la disposition alternative, par laquelle on a laissé aux notaires la faculté de payer la valeur des Inscriptions au cours des jours des transferts faits par Brossier. Il demande, aujourd'hui, ainsi qu'il l'a fait devant les premiers juges (et, en la forme, ses conclusions sont à l'abri de toute critique), ou que le capital intégral des rentes lui soit fourni, ou que ces rentes soient restituées en Inscriptions au cours du jour où le rétablissement en sera opéré à la trésorerie; ce qui, pour le dire en passant, n'est peut-être pas fort clair : il demande aussi que les Inscriptions qui lui seront remises, portent jouissances, pour les notaires, à compter du 1er. germinal an 8, date du premier semestre qui a suivi les procurations, et du 1er. germinal an 6, pour Brossier, par qui les arrérages échus à compter de cette époque, paraissaient avoir été touchés, tantôt sous son propre nom, tantôt sous celui de Bourgeois, tantôt sous celui de Durand; ce qui est peut-être impraticable au moment présent, où nous pensons qu'il serait peut-être impossible de trouver sur la place des Inscriptions dont les propriétaires auraient tardé jusqu'à ce jour de recevoir les arrérages échus depuis le 1er. germinal an 6.

» A notre égard, nous ne croyons devoir admettre entièrement ni le calcul des premiers juges, ni celui de l'agent du trésor.

» 1°. La trésorerie ne peut être indemnisée, ainsi qu'elle doit l'être, par la remise en écus de la valeur des Inscriptions au cours du jour des transferts opérés par Brossier; et on n'aperçoit pas le motif qui a décidé les premiers juges à prendre cette époque, plutôt que celle des procurations, ou de remplacement fait par le gouvernement, ou tout autre.

» 2°. La trésorerie ne peut demander qu'on lui paie les arrérages échus, soit depuis l'an 6, soit depuis l'an 8.

» Car ces arrérages n'ont point été payés par elle aux propriétaires volés : ils ont été capitalisés, et joints par une Inscription additionnelle au montant des rentes qu'elle leur a remises en remplacement de celles transférées par Brossier.

» Pour être justes envers tous, comment devez-vous ordonner que le dommage sera réparé?

» Nous l'avons dit, pour régler la réparation, il faut connaître le dommage.

» Quel a donc été le dommage souffert par le trésor?

» Pour vous éclairer sur cette question de fait, nous allons vous donner lecture de pièces décisives.

» *St.-Cloud, le 14 fructidor an 11.*

» *Le gouvernement de la république arrête ce qui suit :*

» Art. 1. *Le directeur de la caisse d'amortissement est autorisé à transférer, 1°. au cit. Louis-François Marie, deux Inscriptions, 5 pour 100 consolidés : la première de quinze cent quatre-vingt-un francs, pour remplacer celle de même somme, n°. 644, dont il a été dépouillé; et la seconde de trois cent quatre-vingt-quinze francs, pour lui tenir lieu de la somme de sept mille neuf cent cinq francs, à laquelle s'élèvent les arrérages de ladite Inscription, depuis le 1er. germinal an 6, époque à partir de laquelle il a cessé de les toucher, jusqu'au 1er. germinal an 11; 2°. au cit. Gabriel-Louis Gambart, une Inscription de treize cent trente-six francs, pour le remplir de celle de même somme, n°. 473, dont il a été pareillement exproprié, et une autre de trois cent trente-quatre francs, pour remplacer six mille six cent quatre-vingt francs, formant le montant des arrérages de ladite Inscription, qui ne lui ont point été payés depuis le 1er. germinal an 6 jusqu'au 1er. germinal an 11; 3°. au cit. Jacques Farjon, une Inscription de dix-huit cent trente-trois francs, en remplacement de celle de pareille somme, n°. 751, dont il a été dépouillé, et une seconde de quatre cent cinquante-huit francs, pour lui tenir lieu des arrérages de la première qui lui sont dus depuis le 1er. germinal an 6 jusqu'au 1er. germinal an 11, et qui s'élèvent à neuf mille cent soixante-cinq francs.*

» *Les fonds nécessaires à l'acquisition de ces six Inscriptions, seront prélevés sur le produit de la vente des effets militaires.*

» Art. 2. *Le ministre du trésor public fera continuer par l'agent judiciaire du trésor public, les poursuites en restitution contre les notaires, ou autres individus qui auraient concouru aux transferts effectués sur de fausses procurations. Les sommes qui pourraient provenir des condamnations prononcées, seront versées à la caisse d'amortissement, pour la couvrir des avances qu'elle est autorisée à faire en vertu de l'art. 1er.*..... LE PREMIER CONSUL. Signé.....

» *Je soussigné, directeur du grand livre de la dette publique, certifie qu'en exécution d'un arrêté du gouvernement, du 9 germinal an 11, il a été transféré par la caisse d'amortissement, du compte du sieur Portau (Jean), prête-nom de ladite caisse, rég. P, n°. 18,309, au sieur Joachim-Félix Pin, deux Inscriptions, 5 pour 100 consolidés, montant ensemble à 13,148 francs, avec jouissance de germinal an 11.*

» *Je certifie également, qu'en exécution d'un autre arrêté du gouvernement, du 14 fructidor an 11, il a pareillement été transféré par la caisse d'amortissement du compte du susdit Portau (Jean), prête-nom de ladite caisse, rég. P, n°. 18,259, 1°. à Marie (Louis-François), deux Inscriptions, 5 pour 100 consolidés, montant ensemble à 1976 francs, avec jouissance de vendémiaire an 12; 2°. à Gambart (Gabriel-Louis), deux Inscriptions, 5 pour 100 consolidés, montant ensemble à 1670 francs, avec jouissance de vendémiaire an 12; 3°. à Farjon (Jacques), deux Inscriptions, 5 pour 100 consolidés, montant ensemble à 2291 francs, avec jouissance de vendémiaire an 12. Paris, le 1er. avril 1806.* Signé *Lamorlière*».

» Il résulte des ces pièces, qu'en vertu d'arrêtés du gouvernement, il a été transféré par la caisse d'amortissement; à Marie, une Inscription de 1976 francs; à Gambart, une de 1670 francs; à Farjon, une de 2291 francs. avec jouissance du 1er. vendémiaire an 12.

» Pour bien faire comprendre le matériel de cette opération à la cour, il faut lui rappeler que l'établissement connu sous le nom de *caisse d'amortissement*, est propriétaire des rentes inscrites sur le grand livre, sous le nom de *Jean Portau*, son prête-nom.

» Comment s'est exécuté l'arrêté du 14 fructidor an 11? Il a été distrait des Inscriptions portées sur le grand livre, au profit de la caisse d'amortissement, sous le nom de *Portau*, 1°. au profit de *Farjon*, 2291 francs de rente, *tiers-consolidé*; 2°. au profit de *Gambart*; 1670 francs de pareille rente; 3°. au profit de *Marie*, 1976 francs aussi de pareille rente : et ces distractions ont été faites avec jouissance du 1er. vendémiaire an 12.

» Admettons qu'il ne faut point ici établir de distinction entre la caisse d'amortissement et celle de la trésorerie, entre les propriétés de l'une et les propriétés de l'autre : considérons ces deux caisses comme n'en faisant qu'une; et puisqu'il s'agit ici d'effets inscrits sous le nom de *Portau*, ne considérons que l'individu *Portau*, et par ce nom il doit être bien entendu entre nous que nous désignons la *caisse générale du trésor*.

» Toujours sera-t-il vrai de dire que, par ces distractions faites au profit de Gambart, de Marie et de Farjon, l'Inscription *Portau* a été réduite jusqu'à concurrence des portions distraites. Or, ce sont ces distractions de l'Ins-

cription *Portau*, c'est la réduction qu'a subie par-là l'Inscription *Portau*, qui constituent le dommage que la caisse générale du trésor a souffert; et voilà le problème résolu sans beaucoup d'efforts; et voilà le dommage à réparer. Or, comment conçoit-on qu'on puisse réparer un tel dommage, autrement qu'en rétablissant dans les mains de *Portau*, ou au crédit ouvert sous son nom sur le *grand livre*, la même quotité de rente ou d'Inscription qui en a été distraite.

» Il ne s'agit point ici d'équivalens, de valeurs approximatives; il s'agit encore bien moins de rendre au trésor les valeurs relatives que ces portions des Inscriptions *Portau* ont pu avoir à l'époque où elles ont été distraites au profit de Marie, de Gambart, de Farjon : ce sont des Inscriptions même en nature; c'est la même quotité numérique d'Inscriptions qu'il faut rendre, quelle qu'en soit aujourd'hui la valeur commerciale sur la place, calculée comparativement à celle qu'elles avaient en l'an 8 ou en l'an 11.

» Par les transferts opérés en vertu de l'arrêté du 14 fructidor an 11, l'Inscription *Portau*, c'est-à-dire, *les valeurs appartenantes à la caisse générale du trésor sous ce nom*, ont été réduites de 5937 francs; c'est la même quotité, c'est 5737 francs de rente, *tiers-consolidé*, qu'il faut rétablir : or, il n'est que deux moyens d'opérer ce rétablissement : l'un est la remise en nature d'Inscriptions, *tiers-consolidé*, montant à 5937 francs; l'autre est la remise en écus de sommes suffisantes pour acheter sur la place 3937 francs d'Inscriptions, *tiers-consolidé*, au cours du jour de l'achat. Nous ne pensons pas que la cour puisse adopter d'autre mode de réparation du tort qu'a souffert la trésorerie, que l'un ou l'autre de ceux que nous venons d'indiquer.

» Il faut ajouter que la trésorerie paie les intérêts des Inscriptions Gambart, Farjon et Marie, depuis le 1er. vendémiaire an 12; qu'ainsi, les notaires doivent être tenus, ou de remettre des Inscriptions en nature, ou de remettre des sommes suffisantes pour en acheter, avec jouissance du 1er. vendémiaire an 12.

» Ainsi, sera entièrement réparé le dommage. La trésorerie ou la caisse d'amortissement, *Portau* ou *la caisse générale du trésor*, obtiendront le rétablissement de leur Inscription dans l'état où elle était avant la réduction qu'elle a soufferte, avant le dommage causé. *Portau* ou la *caisse générale du trésor* recouvreront aussi les arrérages de la portion de rente distraite de leur Inscription, et dont ils avaient été privés depuis le 1er. vendémiaire an 12.

» Ainsi, les choses seront remises dans l'état dans lequel elles auraient toujours été, si, à l'aide des procurations, il n'y avait pas eu de transferts frauduleux des Inscriptions *Marie*, *Gambart* et *Farjon*, et si la trésorerie, tenue de rétablir ces Inscriptions au profit des propriétaires, n'avait par là souffert le dommage dont elle poursuit la réparation.

» Le rétablissement des choses dans leurs ancien état, voilà tout ce qui produira votre arrêt, si vous croyez devoir adopter, et notre opinion sur les autres questions de la cause, et les bases que nous vous proposons.

» On ne pourra prétendre que, par ce mode de réparation du dommage, la condition du trésor soit devenue meilleure qu'elle n'était avant le dommage; on ne pourra pas dire non plus qu'elle soit devenue pire. Le trésor ne se sera point enrichi par la réparation, ce qui ne doit pas être : il n'aura point souffert de perte, ce qui ne doit pas être davantage.....

» Dans ces circonstances, nous estimons qu'il y a lieu.... sans s'arrêter ni avoir égard aux fins de non-recevoir proposées, ayant aucunement égard aux demandes, fins et conclusions de la partie de Me. Bonnet,

» De mettre l'appellation et ce dont est appel au néant, en ce que, par le jugement dont est appel, les parties de Me. Tripier et de Me. Larieu ont été condamnées à payer la valeur des Inscriptions dont il s'agit, en écus au cours des jours de transferts; émendant quant à ce..., faisant droit un principal et statuant par jugement nouveau, de condamner, 1°. Me. Lallemand à remettre en nature à ladite partie de Me. Bonnet une Inscription, cinq pour cent consolidés, montant à 2142 francs, avec jouissance du 1er. vendémiaire an 12; 2°. Me. Colin à remettre aussi en nature une Inscription, cinq pour cent consolidés, montant à 1857 francs, avec jouissance du 1er. vendémiaire an 12; 3°. Me. Porlier à remettre aussi en nature une Inscription, cinq pour cent consolidés, montant à 1570 francs, avec jouissance dudit jour 1er. vendémiaire an 12;

» Si mieux n'aiment lesdits Lallemand, Colin et Porlier verser à la caisse de la trésorerie sommes suffisantes pour acheter sur place trois Inscriptions de semblables quotités, avec jouissance à partir de la même époque, et ce au cours du jour de l'achat qui en sera fait, ce qu'ils seront tenus d'opter dans le délai de huitaine, à compter du jour de la signification de l'arrêt, sinon ledit délai passé, déchus de l'option, la partie de

Me. Bonnet audit cas demeurant autorisée par l'arrêt, et sans qu'il en soit besoin d'autre, à faire acheter sur la place et par le ministère de Huard, agent de change, ou de tout autre qu'il plaira à la cour commettre à cet effet, trois Inscriptions, cinq pour cent consolidés, portant jouissance du 1er. vendémiaire an 12; savoir, une de 2142 francs, à la charge de Me. Lallemand; une de 1857 francs, à la charge de Me. Colin; et une troisième de 1570 francs, à la charge de Me. Porlier; du montant desquels achats ladite partie de Me. Bonnet pourra poursuivre le remboursement contre chacun desdits notaires, en vertu de l'arrêt, et sur la simple représentation du bordereau de l'agent de change, et ce par les voies ordinaires de droit, et non autrement;

» De condamner les parties de Mes. Tripier et Larrieu à l'amende;

» De donner défaut contre Brossier; et pour le profit, de déclarer le présent arrêt commun avec lui, pour être exécuté selon sa forme et teneur, et jusqu'à concurrence de la somme de 5937 francs, montant des Inscriptions de 2291 francs, 1976 francs et 1570 francs, rétablies en vertu de l'arrêté du 14 fructidor an 11, au nom desdits Farjon, Marie et Gambart; le jugement dont est appel au résidu, et par les motifs y exprimés, sortissant son plein et entier effet ».

Sur ces conclusions, arrêt du 19 mai 1806, par lequel,

« La cour (d'appel de Paris, 2e. section), faisant droit sur les appels respectifs des parties, du jugement rendu au tribunal de première instance du département de la Seine, le 12 thermidor an 12, ensemble sur toutes les demandes et défenses respectives des parties, le tout joint, en tant que de besoin par le présent arrêt;

» En ce qui touche les fins de non-recevoir proposées par les parties de Tripier et Larrieu, considérant, d'une part, que, dans sa plainte du 15 thermidor an 8, l'agent du trésor public, partie de Bonnet, *avait fait toutes réserves expresses d'exercer ses droits et actions*, tant directes que récursoires, *envers et contre qui il appartiendrait;* et d'autre part, que ni dans la conduite de cet agent, postérieure aux faux transferts dont il s'agit, ni dans l'instruction criminelle suivie contre Brossier, comme prévenu du crime de faux, ni dans les circonstances subséquentes, ni dans aucune des pièces de la cause, on ne voit rien, à l'égard de la partie de Bonnet, qui ait pu effacer ses réserves, ou seulement faire soupçonner qu'elle y avait renoncé;

» En ce qui touche les appels respectifs au fond, considérant,

» 1°. Qu'en supposant, comme le font les parties de Tripier et Larrieu, que la loi du 28 floréal an 7, qui règle le mode de procéder par la trésorerie dans la confection des transferts d'Inscription sur la dette publique, eût interdit à cette administration le droit d'exiger des vendeurs un certificat d'individualité, cela n'autoriserait pas à prétendre que les notaires auraient été dispensés, sans une loi abrogative, de l'obligation qui leur était imposée par les lois générales de 1498, 1536 et 1791, de s'assurer de l'individualité des personnes qui se présenteraient pour passer des actes devant eux; puisque ces lois générales qui subsistent dans toute leur vigueur, veulent qu'ils ne puissent instrumenter *sans connaître le nom, l'état et la demeure des parties, ou sans que le tout soit attesté par deux citoyens ayant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires;*

» 2°. Que d'ailleurs, loin que la loi du 28 floréal an 7 défendit à la trésorerie d'exiger des porteurs d'Inscriptions qui se présenteraient pour en contracter le transfert, la justification de leur droit de propriété; au contraire, cette loi exigeait, pour la validité du transfert, une procuration spéciale du vendeur, pour le cas où le vendeur ne se présenterait pas personnellement;

» 3°. Que cette condition imposée au propriétaire, de fournir une procuration pour opérer le transfert en son absence, est incompatible avec l'hypothèse que la détention matérielle de l'Inscription aurait suffisamment autorisé le porteur à en disposer comme propriétaire;

» 4°. Que le transfert devant être fait nécessairement sous le nom du propriétaire véritable, le porteur non propriétaire n'aurait pu contracter le transfert ou en procédant ou en signant au nom du propriétaire, ce qui aurait constitué un faux; et qu'il n'est pas permis de supposer que la loi ait voulu autoriser un délit quelconque, notamment un délit aussi grave et aussi dangereux;

» 5°. Que dans l'espèce présente, il est avoué et bien constant entre les parties, que celles de Tripier et Larrieu ont reçu et signé, chacune à son égard, les 29 nivôse, 11 et 26 pluviôse an 8, les trois fausses procurations dont il s'agit, au nom des trois propriétaires d'Inscriptions sur le grand livre de la dette publique, à l'effet d'en passer le

transfert, et ce, bien que le signataire desdites procurations fût inconnu auxdites parties de Tripier et Larrieu, et sans avoir pris la précaution de se faire attester légalement l'individualité du signataire;

» 6°. Que c'est en vertu de ces fausses procurations, que se sont opérés les faux transferts des Inscriptions dont il s'agit, à l'insu et au préjudice des vrais propriétaires;

» 7°. Que, quoique le droit de ces propriétaires ait été ouvert tant contre le trésor public que contre les auteurs des faux transferts, dès le moment de l'existence de ces faux transferts; néanmoins la valeur des Inscriptions sur le grand livre dépendant d'un cours journellement variable, la mesure ou le *quantum* de ce droit, dès lors ouvert, n'a pu être déterminé qu'à l'instant de la transaction, par laquelle le trésor public a rétabli des Inscriptions de mêmes nature et quotité que les premières, entre les mains des propriétaires dépouillés;

» 8°. Que le trésor public a donc administré en bon père de famille, soit en dénonçant le délit résultant de faux transferts, pour en obtenir la réparation envers les propriétaires par la poursuite criminelle, soit en traitant avec ces propriétaires, après avoir épuisé les voies extraordinaires; et qu'ainsi le trésor public a prudemment opéré, même dans l'intérêt de ses garans;

» 9°. Qu'en point de fait, ces opérations forcées à l'égard du trésor public, lui ont évidemment causé un dommage;

» 10°. Qu'en point de droit, et suivant les principes universellement reçus dans notre jurisprudence, tout auteur d'un dommage quelconque est tenu de le réparer, de sorte que, *de quelque nature que soit le dommage, et quelque cause qu'il puisse avoir,* comme l'enseigne Domat, lois civiles, liv. 3, titre 5, *celui qui en est tenu, doit le réparer par une indemnité proportionnée à la perte qui en est arrivée;*

» 11°. Que la conséquence la plus immédiate de ce principe, est que le dédommagement dont est tenu l'auteur du dommage, ne peut donner lieu ni à perte ni à profit pour la partie à laquelle il compète, mais doit être seulement le juste équivalent de la perte que lui a fait subir l'auteur du dommage;

» 12°. Que, dans l'espèce présente, la quotité de la perte occasionée au trésor public par le résultat du faux des procurations en vertu desquelles il a été procédé aux transferts dont il s'agit, s'est trouvée invariablement fixée par la transaction passée entre l'agent du trésor public et les propriétaires d'Inscriptions, puisque la valeur qu'avaient, au cours de la place, lors de cette transaction, les Inscriptions données en remplacement, est précisément ce qu'il en a dû coûter au trésor public, et ce qu'il a payé aux parties prenantes; et qu'en adoptant tout autre époque antérieure ou postérieure, il y aurait perte ou profit pour le trésor public, ce qui répugne à tous les principes en matière de réparation de dommage;

» 13°. Que la plus value que ces Inscriptions ont acquise depuis ladite transaction, n'étant point du fait de l'une ou de l'autre des parties, mais seulement le résultat des circonstances et de la situation des affaires publiques, l'administration du trésor ne peut pas équitablement en rendre responsables les parties de Tripier et Larrieu, de même que lesdites parties Tripier et Larrieu ne pourraient pas se dispenser de rembourser la valeur desdites Inscriptions au cours du jour de la transaction, si ces Inscriptions avaient depuis lors diminué de valeur;

» 14°. Qu'à l'égard des arrérages de ces mêmes Inscriptions, la loi du 28 floréal an 7, ayant statué que tous arrérages d'Inscriptions étaient payables au porteur de ces sortes de titres, sans obligation de la part de celui-ci de faire preuve de l'individualité, les parties de Larrieu et Tripier ne peuvent être responsables des arrérages payés par le trésor public avant les faux transferts dont il s'agit, qu'autant que le paiement en aurait été fait expressément en vertu de fausses procurations : d'où il suit que l'administration du trésor devrait, dans le cas contraire, s'imputer à elle-même d'avoir laissé enlever de son dépôt les Inscriptions en question, sur la seule représentation desquelles elle aurait ensuite payé des arrérages;

» Sans s'arrêter ni avoir égard aux fins de non-recevoir proposées par les parties de Larrieu et Tripier, dont elles sont déboutées, n'ayant aucunement égard aux requêtes et demandes de la partie de Bonnet,

» Sur les appels desdites parties de Larrieu et Tripier, au chef du jugement attaqué qui les déclare garans et responsables envers le trésor public, a mis et met les appellations au néant, ordonne que ce dont est appel sortira son plein et entier effet, condamne lesdites parties de Tripier et Larrieu, chacune à son égard, en l'amende;

» Sur l'appel de la partie de Bonnet aux chefs du jugement attaqué qui restreignent les indemnités dues par les parties de Tripier et Larrieu à la valeur qu'avaient les Inscrip-

tions dont il s'agit aux époques des faux transferts, a mis et met l'appellation et ce dont est appel au néant : émendant, décharge la partie de Bonnet des condamnations contre elle prononcées à cet égard; /

» Au principal, condamne Porlier, partie de Larrieu, à payer et rembourser à la partie de Bonnet la valeur de l'Inscription de 1336 francs, au cours du jours du transfert passé au profit de Gabriel-Louis Gambart, pour l'indemniser de la perte qu'il avait éprouvée par le faux transfert souscrit en son nom en vertu de la fausse procuration reçue par ladite partie de Larrieu, le 26 pluviôse an 8;

» Condamne Lallemand, l'une des parties de Tripier, à payer et rembourser à la partie de Bonnet la valeur de l'Inscription de 1823 francs, au cours du jour du transfert passé au profit de Jacques Farjon, pour l'indemniser de la perte qu'il avait éprouvée par le faux transfert souscrit en son nom, en vertu de la fausse procuration reçue par ledit Lallemand le 29 nivôse an 8;

» Condamne Colin, autre partie de Tripier, à payer et rembourser à la partie de Bonnet, la valeur de l'Inscription de 1581 francs au cours du jour du transfert passé au profit de Louis-François Marie, ou ses hoirs et ayant-cause, pour l'indemnité de la perte causée par le faux transfert souscrit au nom dudit Louis-François Marie, en vertu de la fausse procuration reçue par ledit Colin le 11 pluviôse an 8;

» Condamne les parties de Tripier et Larrieu, chacune en droit soi, par forme de dommage et intérêt, à payer et rembourser à la partie de Bonnet tous ceux des arrérages des Inscriptions énoncées dans les fausses procurations, à compter de la jouissance de germinal an 8, qui ont été payés par le trésor public, soit lors des faux transferts opérés en vertu desdites procurations, soit postérieurement auxdits transferts, et qui pourront être payés jusqu'à l'entière exécution du présent arrêt, même les arrérages qui seraient justifiés avoir été payés expressément en vertu des fausses procurations, et antérieurement aux faux transferts, pour le remboursement desquels arrérages, en ce qui concerne ceux qui ont été capitalisés par les transactions passées entre la trésorerie et les anciens propriétaires, lesdites parties de Larrieu et Tripier paieront la valeur, au cours du jour desdites transactions, des Inscriptions délivrées pour le montant desdits arrérages, et le surplus en numéraire, valeur nominale; le tout, si mieux n'aiment les parties de Larrieu et Tripier remettre entre les mains de la partie de Bonnet, les sommes suffisantes pour acheter au cours actuel et remplacer en nature les Inscriptions remises entre les mains des propriétaires, tant pour les capitaux des anciennes Inscriptions, que pour tenir lieu des arrérages, à compter de la jouissance de germinal an 8, pour remboursement des arrérages payés en numéraire; laquelle option lesdites parties de Larrieu et Tripier seront tenues de faire dans le délai d'un mois, sinon déchues, et la partie de Bonnet autorisée à acquérir au cours du jour des Inscriptions de mêmes nature et quotité;

» Le jugement dont est appel sortissant au résidu son plein et entier effet;

» Ordonne que l'amende consignée par la partie de Bonnet, lui sera restituée; condamne les parties de Tripier et Larrieu en tous les dépens des causes d'appel et demandes; et adjugeant le profit des défauts pris par la partie de Bonnet contre Brossier....;

» Déclare le présent arrêt commun avec ledit Brossier, pour être exécuté à son égard suivant sa forme et teneur, et le condamne aux dépens envers la partie de Bonnet.... ».

§. VI. *Mode de rectification des erreurs commises dans les Inscriptions sur le grand livre, relativement aux noms, prénoms et dates de naissance des créanciers de l'Etat.*

La loi du 8 fructidor an 5 porte, art. 1, que « les créanciers de l'Etat, au préjudice desquels il pourrait être intervenu quelques » erreurs dans leurs noms et prénoms portés » au grand livre et registre de la dette publique, formeront leurs pétitions en rectifications d'erreurs devant les commissaires de » la trésorerie (1); ils y joindront (ajoute-t-il) » les actes de notoriété et autres pièces authentiques, à l'aide desquels ils croiront » pouvoir constater l'erreur, et dont il sera » dressé inventaire au moment du dépôt ».

L'art. 2 de la même loi attribuait aux commissaires de la trésorerie le pouvoir de statuer sur ces pétitions par des arrêtés motivés; et par les articles suivans, il était permis aux créanciers dont les pétitions étaient rejetées ou ajournées par ces arrêtés, de se pourvoir devant le tribunal civil du département de la Seine.

(1) Aujourd'hui, devant le ministre qui a le trésort public dans son département. *V.* l'avis du conseil d'état, du 16 messidor an 8.

Mais il est dérogé à ces dispositions par un arrêté du gouvernement du 27 frimaire an 11, dont voici les termes :

« Art. 1. Les erreurs qui auront été commises sur le grand livre de la dette perpétuelle, ou sur celui de la dette viagère, quant aux noms, prénoms et dates de naissances des créanciers de l'Etat, et ce d'après les titres qui auraient servi à leur Inscription sur lesdits grands livres, ne pourront être rectifiées qu'en vertu des arrêtés des consuls (aujourd'hui des décrets de l'Empereur), rendus sur le rapport du ministre du trésor public, le conseil d'Etat entendu.

» 2. Le travail relatif auxdites rectifications, sera soumis aux consuls par le ministre du trésor public, au premier conseil d'administration de chaque trimestre.

» 3. Les formalités prescrites par la loi du 8 fructidor an 5, pour obtenir les rectifications d'erreurs sur le grand livre de la dette publique, et qui ne sont pas contraires aux dispositions des articles précédens, continueront d'avoir leur exécution, et seront communes aux rentes perpétuelles et viagères ».

§. VII. *Effet du défaut de réclamation des arrérages de rentes viagères pendant trois ans.*

Prescription des arrérages de rentes, tant viagères que perpétuelles.

Formalités particulières pour le paiement des arrérages non réclamés pendant deux ans.

Formalités à remplir par les créanciers d'arrérages, pour interrompre la prescription de cinq ans.

I. Le décret du 28 ventôse an 13 contenait, sur les deux premiers objets, les dispositions suivantes :

« Art. 1. Les rentes viagères dont les arrérages n'auront point été réclamés pendant trois années consécutives, à compter de l'échéance du dernier semestre payé, seront présumées éteintes, et ne seront plus comprises dans les états de paiement.

» 2. Ces rentes pourront néanmoins être rétablies sur les états de paiemens, lorsque les ayant-droit auront justifié au trésor de leur existence par un certificat de vie en bonne forme. Dans ce cas, les arrérages échus seront acquittés au trésor à Paris, sauf les dispositions de l'art. 156 de la loi du 24 août 1793, d'après lesquelles les arrérages de rentes ne peuvent être réclamés pour plus de cinq années ».

Quant aux arrérages non réclamés pendant deux ans, voici ce que portait le décret du 26 fructidor an 13 :

« Art. 1. Les arrérages des rentes et pensions dues par le trésor public, qui n'auront point été réclamés pendant les deux années qui précéderont le dernier semestre au paiement, ne seront payés que sur la quittance des propriétaires, ou sur celle d'un fondé de pouvoir spécial.

» 2. Les propriétaires desdites rentes ou pensions qui en recevront eux-mêmes les arrérages, seront tenus de justifier d'un certificat d'individualité, conforme au modèle annexé au présent décret : ce certificat, expédié sur papier au timbre de vingt-cinq centimes, sera délivré sans frais par les maires des communes ou les juges de paix du canton, dont les signatures seront dûment légalisées ».

II. Mais à ces dispositions l'ordonnance du roi du 13 octobre 1819 substitue celles-ci :

« Art. 1. Les arrérages de la dette publique, cinq pour cent consolidés, sont payables, dans les départemens comme à Paris, jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans, terme fixé, par l'art. 156 de la loi du 24 août 1793, pour la prescription desdits arrérages.

» 2. Ceux de la dette viagère et des pensions sont payables, tant à Paris que dans les départemens, pendant le délai d'une année, à compter de l'échéance de chaque semestre ou trimestre.

» Les rentes viagères et pensions dont les arrérages n'auront pas été réclamés pendant ce délai, à compter du dernier paiement, ne pourront être payés qu'en vertu de nouveaux états de paiement, dressés sur la réclamation des parties et la présentation des certificats de vie des titulaires.

» 3. Néanmoins la prescription des arrérages desdites rentes viagères et pensions n'aura lieu, savoir : pour les rentes viagères, que dans le délai de cinq ans, conformément au décret du 8 ventôse an 13 et à l'art. 156 précité de la loi du 24 août 1793 ; et pour les pensions, que dans le délai de trois ans, conformément à l'arrêté du 15 floréal an II ».

III. Mais comment les créanciers d'arrérages de rentes sur l'Etat, peuvent-ils interrompre la prescription de cinq ans ?

Un avis du conseil d'état du 3 avril 1809, approuvé le 13 du même mois, répond ainsi à cette question :

« Le conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné, a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre du trésor public, relativement aux formalités à remplir par les réclamans d'arrérages de rentes sur

l'Etat, pour interrompre la prescription de cinq ans;

» Vu l'art. 56 de la loi du 24 août 1793, portant que, dans tous les cas, aucun créancier ne pourra réclamer que les cinq dernières années des rentes sur l'Etat avant le semestre courant;

» Vu l'art. 2277 du Code civil, qui porte que les arrérages de rentes perpétuelles et viagères se prescrivent par cinq ans; considérant que des réclamations non justifiées ne peuvent mettre le trésor public en demeure d'acquitter ce qu'il est toujours prêt à payer;

» Est d'avis, 1°. que les réclamations non appuyées de toutes les pièces justicatives, présentées par des créanciers d'arrérages de rentes sur l'Etat, ne peuvent interrompre la prescription qu'autant que, dans le délai d'un an du jour de la réclamation, le créancier se mettra en règle, et présentera toutes les pièces justificatives de la légitimité de sa demande ».

§. VIII. *Règles concernant les arrérages d'Inscription dus aux comptables.*

Ces règles sont écrites dans un arrêté du gouvernement du 24 messidor an 11, qui est ainsi conçu :

« Art. 1. Les comptables contre lesquels il n'existe pas d'arrêtés qui les constituent en débet continueront de jouir des arrérages de leurs Inscriptions au grand livre tant perpétuelles que viagères, conformément à la loi du 26 floréal an 5, et sous les réserves portées par celles du 8 nivôse an 6.

» 2. A l'égard des autres comptables, des fournisseurs auxquels il a été fait des avances, et autres reliquataires de deniers publics, qui auront été constitués débiteurs, soit par la comptabilité nationale, soit par le conseil général de la liquidation, soit par arrêtés provisoires dans la forme autorisée par les lois des 12 vendémiaire et 13 frimaire an 8, soit par tout autre acte authentique, il sera sursis au paiement de l'annuel de leurs inscriptions, jusqu'à ce qu'ils se soient libérés de leurs débets, ou qu'ils aient transféré, jusqu'à due concurrence, au profit du trésor public, la propriété de leurs Inscriptions au grand livre dans le cas où ce mode de libération est admis par les lois ».

§. IX. *Les débiteurs de sommes dues à des établissemens publics qui sont tenus d'en faire emploi en Inscriptions sur le grand livre, peuvent-ils se libérer en effets de cette nature ?*

V. le réquisitoire du 7 messidor, et l'arrêt du 8 fructidor an 13, rapportés à l'article *Legs*, sect. 5, §. 2, n°. 1.]]

INSINUATION. *V.* les articles *Don mutuel*, §. 3; et *Donation*, sect. 6, §. 2.

[[INSPECTEUR AUX REVUES. *V.* l'article *Commissaires des guerres*.]]

[[INSPECTEUR DE L'ENREGISTREMENT ET DES DOMAINES. *V.* l'article *Commis des domaines*.]]

[[INSPECTEUR DES CONTRIBUTIONS INDIRECTES. *V.* l'article *Commis aux aides*.]]

[[INSPECTEUR DES ÉCOLES DE DROIT. La loi du 22 ventôse an 12 porte, art. 33, qu'il « y aura cinq Inspecteurs généraux des écoles de droit, nommés par le » chef du gouvernement ».

Les articles suivans de la même loi déterminent leurs attributions, sur lesquelles il faut encore consulter le décret du quatrième jour complémentaire de la même année. *V.* l'article *Université*.]]

[[INSPECTEUR DES FORÊTS. *V.* les articles *Délit forestier* et *Malversation*, §. 2.]]

* INSPECTEUR DE POLICE. C'est le titre que portent des officiers distribués dans les différens quartiers de Paris, pour veiller, sous les commissaires de police, à ce que les règlemens de police soient observés.

Un édit du mois de février 1708 avait créé quarante Inspecteurs de police; mais par un autre édit du mois de mars 1740, enregistré au parlement le 3 mai suivant, ces officiers ont été supprimés, et il en a été créé vingt nouveaux.

Les principales fonctions que ces officiers ont à remplir, suivant cet édit, sont de veiller au nettoiement des rues, à l'entretien des lanternes publiques, et en général à tout ce qui concerne l'observation des règlemens de police. (M. Guyot.) *

[[Ils sont aujourd'hui remplacés par des officiers de paix. *V.* l'article *Officier de paix*.]]

[[INSPECTEUR GÉNÉRAL DES ÉTUDES. *V.* l'article *Université*.]]

* INSTANCE. On désigne quelquefois sous ce nom, toute demande formée judiciairement; mais le plus souvent ce terme signifie une affaire appointée, soit sur une demande, soit sur un appel verbal.

On appelle *première Instance*, la poursuite qui se fait d'une action devant le premier juge.

On entend par *reprise d'instance*, l'acte par

lequel on continue les poursuites qui avaient été interrompues par le décès de quelqu'une des parties. (M. Guyot.) *

[[INSTITUT DE FRANCE. *V.* l'article *Académie.*]]

* INSTITUTES. Ce sont les principes, les premiers élémens de la jurisprudence : on dit aussi *Instituts*.

Les plus célèbres Institutes, sont celles de Caïus, de Justinien et de Théophile.

Les Institutes de Caïus sont un abrégé du droit romain, que composa le célèbre jurisconsulte Caïus ou Gaïus, qui vivait sous Marc-Aurèle.

Les Institutes de Justinien sont un abrégé du droit du Code et du droit du Digeste, qui fut composé par ordre de cet empereur, dans le temps même qu'on travaillait au Digeste : le motif qu'il eut en cela, fut de donner une connaissance sommaire du droit aux personnes qui ne seraient pas versées dans les lois, et surtout aux commençans.

Il est probable que les Institutes d'Ulpien, celles de Caïus et de quelques autres jurisconsultes, donnèrent à Justinien l'idée d'en faire de semblables. Quoi qu'il en soit, il chargea de cet ouvrage Tribonien, Théophile et Dorothée, qui le formèrent de ce qu'il y avait de meilleur dans les Institutes de Caïus, et les autres livres des jurisconsultes. Ces Institutes furent confirmées par Justinien, qui y donna force de loi dans tout l'empire; et elles furent publiées le 11 des calendes de décembre de l'an 533, avant la publication du Digeste, qui ne fut faite que le 18 des calendes du mois de janvier de la même année.

Les Institutes de Théophile sont une paraphrase des Institutes de Justinien, composées en grec par le jurisconsulte Théophile, par ordre de l'empereur Phocas, lequel voulut par-là décréditer l'ouvrage de Justinien; en effet, pendant toute la durée de l'empire grec, on n'enseigna plus d'autres Institutes que celles de Théophile. Ces dernières furent même encore long-temps après préférées au texte. Viglius Zichem fit imprimer la paraphrase grecque à Bâle, en 1534. Il y en eut ensuite plusieurs autres éditions. Jacques Curtius, jurisconsulte de Bruges, en fit une traduction latine qui fut imprimée à Lyon en 1581. Charles Annibal Fabrot, professeur en droit à Aix en Provence, en donna deux éditions grecques et latines, accompagnées de scholies grecques et de notes. Enfin, Jean Doujat, célèbre professeur en droit à Paris, donna en 1681, une édition en deux volumes *in*-12 de la traduction latine de Curtius, qu'il accompagna de ses notes et de celles de Cujas et de Fabrot : on fait un grand usage de cette édition. (M. Guyot.) *

INSTITUTION CONTRACTUELLE. Disposition entre-vifs et à titre universel, qui fait un héritier indépendamment de la loi.

Cette matière est très-importante et d'un grand usage dans le droit civil. Pour la traiter avec ordre, nous la diviserons en treize paragraphes.

Dans le premier, nous traiterons de l'origine des Institutions contractuelles, des pays où elles sont reçues, [[et de la proscription qu'elles ont subie en France sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2;]]

Dans le second, de la nature des Institutions contractuelles;

Dans le troisième, des actes par lesquels on peut instituer contractuellement;

Dans le quatrième, des personnes qui peuvent instituer et être instituées de cette manière;

Dans le cinquième, de la position où doivent être les personnes habiles à être instituées contractuellement, pour pouvoir l'être avec effet;

Dans le sixième, de quelques clauses dont on peut douter si elles emportent Institution contractuelle;

Dans le septième, nous examinerons si l'Institution contractuelle est sujette aux formalités de l'acceptation et de l'insinuation;

Dans le huitième, nous parlerons des effets d'une Institution contractuelle par rapport à l'instituant;

Dans le neuvième, nous verrons si l'ingratitude de l'institué peut autoriser la révocation de l'institution contractuelle;

Dans le dixième, quels sont les effets utiles de cette institution;

Dans le onzième, quelles en sont les charges par rapport aux institués;

Dans le douzième, nous ferons connaître les cas où l'Institution contractuelle devient caduque;

Et dans le treizième, nous dirons comment se partage une succession contractuelle entre les enfans de l'institué mort avant l'instituant.

§. I. *De l'origine des Institutions contractuelles, des pays où elles sont reçues,* [[*et de la proscription qu'elles ont subie en France sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2.*]]

I. Les premiers législateurs de Rome regardaient les testamens comme les seuls actes

capables de déranger l'ordre des successions légitimes. La loi des douze tables permettait aux pères de famille de disposer par cette voie de tous leurs biens; une faculté aussi précieuse parut mériter qu'on écartât tous les obstacles, toutes les gênes que des conventions particulières auraient pu y apporter fréquemment; en conséquence, on mit en principe que les stipulations et les contrats qui auraient pour objet des successions futures, seraient regardés comme nuls et non avenus.

On tenta néanmoins, sous l'empire de Dioclétien et de Maximien, d'introduire une jurisprudence différente. Une femme convint alors par son contrat de mariage (qu'elle déclara vouloir tenir lieu de testament), que son mari recueillerait à son décès tous les biens paraphernaux qu'elle laisserait. Les empereurs, consultés sur l'effet de cette clause, répondirent qu'elle était nulle. *Hereditas extraneis testamento datur. Cùm igitur affirmas dotali instrumento pactum interpositum esse,* vice testamenti, *ut, post mortem mulieris, bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis nullâ te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur quæ nullo jure debeantur.* (Loi 5, C. *de pactis conventis super dote.*)

C'est d'après le même principe, que les empereurs Valens et Gallien répondirent en 267, que la promesse faite par un père, en mariant sa fille, de lui laisser dans sa succession une part égale à celle de ses autres enfans, ne devait produire aucun effet.

Il y avait cependant, même dans le droit romain, quelques cas où les pactes, sur les successions des personnes vivantes, étaient admis.

Le premier était lorsque celui de l'hérédité duquel il s'agissait, avait donné son consentement à une certaine manière de partager ses biens entre ses héritiers légitimes, et avait persévéré jusqu'à sa mort dans la même volonté. *V.* l'article *Succession future* (*pacte sur une.*)

Le second cas avait lieu, suivant la loi 19, C. *de pactis,* lorsque deux soldats avaient fait un pacte de se succéder réciproquement. La raison qu'en donne cette loi, est que les militaires n'avaient besoin d'aucune solennité pour tester; et que leur simple volonté passait pour testament, pourvu qu'ils y persévérassent jusqu'au dernier soupir. On peut, ce semble, conclure de cette raison, que les pactes réciproques de se succéder ne liaient pas plus irrévocablement les militaires que les autres, et que ces sortes de conventions n'étaient regardées chez les Romains que comme de simples règlemens *ab intestat.* Ainsi, ce second cas rentre naturellement dans le premier, excepté cependant que celui-ci ne pouvait avoir lieu que pour les héritiers présomptifs entre eux, au lieu que celui-là pouvait aussi avoir lieu pour les étrangers.

Un autre cas où l'on pourrait dire que les Romains permettaient de faire un héritier par une disposition entre-vifs, était lorsqu'un père, en mariant sa fille, promettait de l'égaler à ses autres enfans. On vient, à la vérité, de voir que les empereurs Valens et Gallien annullèrent ces sortes de promesses; mais la novelle 19 de Léon le philosophe prouve que cette loi ne fut jamais reçue dans l'usage : *propter evidentem absurditatem in hominum animis neutiquam locum invenit, ut susciperetur; nedùm vim aliquam et efficaciam habeat.* Cependant cette novelle ne faisant point partie du corps de droit, on ne peut pas en mettre la disposition au nombre des monumens de la jurisprudence romaine.

Le dernier état du droit écrit se réduit donc à ces deux points : 1°. que les Institutions contractuelles pouvaient avoir lieu par forme de partage entre des héritiers légitimes; 2°. qu'elles étaient valables entre soldats, quoiqu'étrangers les uns aux autres. Mais on sent que, dans un cas comme dans l'autre, elles n'étaient *contractuelles* que de nom, puisqu'elles n'avaient pas ce caractère d'irrévocabilité, qui est de l'essence des pactes proprement dits.

Nos auteurs ne s'accordent pas sur le temps où les Institutions contractuelles se sont introduites dans nos mœurs, ni sur la manière dont elles s'y sont introduites.

Quelques-uns croient en trouver l'origine dans ce passage du titre 37 de la loi ripuaire : *si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat.* Mais ils n'ont pas réfléchi que cet article fait partie du titre *de dotibus mulierum,* dans lequel il ne s'agit point du tout des Institutions contractuelles, mais uniquement des dots des femmes.

D'autres ont cru trouver ces Institutions établies par le chap. 7 du quatrième capitulaire de l'année 803, intitulé *de lege ripuariense.* On en jugera par les termes dans lesquels ce texte est conçu : *Qui filios non habuerit et alium quemlibet heredem*

facere sibi voluerit, coram lege vel comite et scabinis, vel missis dominicis qui tunc ad justitias faciendas in provinciâ fuerint ordinati, traditionem faciant. L'interprétation de cette loi dépend d'un fait auquel n'ont certainement pas pensé ceux qui ont entendu les mots *traditionem faciant,* d'une Institution contractuelle.

Chez les Ripuaires, comme chez les Francs, ceux qui n'avaient point d'enfans, s'en procuraient par des adoptions; et ces adoptions se faisaient d'abord de deux manières différentes, ou par testament, ou par donation entre-vifs accompagnée de *tradition;* le tit. 48 de la loi ripuaire ne permet pas de douter de ce fait. En 803, il fut établi par le capitulaire cité, que ces adoptions ne pourraient plus se faire que par tradition : or, on le demande, quel rapport y a-t-il entre une pareille loi et les Institutions contractuelles?

Basnage et quelques autres auteurs regardent la novelle de Léon le philosophe, citée plus haut, comme la cause introductive des institutions contractuelles. Danty leur répond que cette novelle ne parle que des promesses d'égalité entre enfans; *ce qui,* dit-il, *est bien différent d'une Institution contractuelle, laquelle emporte tous les biens, à ce que l'on prétend.* Nous ne voyons pourtant pas en quoi pourrait consister cette différence : les promesses d'égalité sont certainement de véritables Institutions contractuelles: elles n'embrassent, il est vrai, qu'une partie limitée des biens, mais ne peut-on pas aussi borner une Institution contractuelle à une certaine quotité de la succession qui en est l'objet? Le plus ou le moins ne fait rien à la nature de la chose.

Ce n'est pas cependant que l'opinion de Basnage soit à l'abri de toute critique; elle paraît au contraire mal fondée, mais par une raison toute différente de celle qu'en donne Danty. « Il suffit (dit Laurière), pour la faire rejeter, » de remarquer, après Cujas et Jacques Godefroy, que les novelles de Léon n'ont presque point été observées ni regardées comme » lois dans l'Orient; et qu'elles n'ont été » même bien lues et bien connues dans l'Occident, que par la traduction qu'Agylœus » en a donnée long-temps après les rédactions » et les réformations de nos coutumes, qui » ont autorisé ces Institutions ».

Il y a une quatrième opinion qui fait dériver les Institutions contractuelles de la loi salique. Elle est fondée sur un passage du livre des fiefs, titre *de matrimonio ad Morganiticam contracto,* dans lequel on voit un veuf qui avait un fils d'une femme noble, en épouser une seconde moins noble, à condition qu'elle et ses enfans n'auraient de ses biens que ce qu'il lui en avait donné en l'épousant, *quod Mediolanenses dicunt accipere uxorem ad Morganiticam, alibi ex lege salicâ.* Mais, comme le fait très-bien sentir Laurière, il faut distinguer deux clauses dans la convention dont parle ce texte; savoir, la clause concernant le douaire de la seconde femme, et celle qui concerne la portion héréditaire des enfans à naître d'elle. Les mots *accipere uxorem ad Morganiticam, alibi ex lege salicâ,* se rapportent bien à la première de ces clauses, mais ils n'ont pas la moindre relation avec la seconde. Il faut voir là-dessus les raisons de Laurière, elles sont démonstratives.

Quelle est donc l'origine des Insitutions contractuelles? Laurière avance là-dessus un avis très-plausible. Dans le temps que Géradus Niger et Obertus de Orto composèrent le livre des fiefs, on commençait à enseigner publiquement le droit romain. Ces rédacteurs y remarquèrent que les soldats pouvaient s'instituer l'un l'autre contractuellement; et comme la possession d'un fief emportait alors l'obligation du service militaire, ils crurent pouvoir considérer comme soldats tous les possesseurs de fiefs, et leur accorder, en cette qualité, le pouvoir de se faire des héritiers par contrat. Ce premier pas fait, on étendit insensiblement aux successions ordinaires un usage introduit d'abord uniquement pour les hérédités militaires ou féodales, et l'on alla peu à peu jusqu'à dire que toute personne noble ou roturière pouvait disposer irrévocablement de toute son hoirie par un contrat de mariage.

II. Cette jurisprudence est admise aujourd'hui dans presque tous les pays policés. Le président Favre, dans son Code, en rend témoignage pour la Savoie; Berlichius, dans ses *conclusiones practicæ,* pour la Saxe; Mévius, *ad jus Lubecense,* pour toute l'Allemagne; Wesel, *ad novellas Ultrajecti constitutiones,* pour la Hollande; Méan, *ad jus civile Leodiensium,* pour le pays de Liége; Stockmans, dans ses décisions du conseil de Brabant, pour le ressort de ce tribunal. C'est aussi ce qu'a jugé, pour la Flandre, un arrêt du grand conseil de Malines, du 3 novembre 1677, confirmatif d'une sentence du conseil provincial de Gand, et rapporté par Dulaury. Pollet et Desjaunaux font mention de plusieurs arrêts semblables du parlement de Flandre.

Il y a long-temps que la jurisprudence française est fixée sur ce point. Masuer, un de nos

plus anciens praticiens, nous apprend qu'elle était déjà suivie de son temps en Auvergne. Nous la trouvons adoptée formellement par l'art. 1 du tit. 5 de l'ancienne coutume de Bourbonnais, rédigée en 1493 : elle est encore admise par l'art. 219 de la nouvelle, réformée en 1520. Celles d'Auvergne, de la Marche et de Nivernais, rédigées respectivement en 1510, 1521 et 1554, établissent absolument la même chose. Celles d'Anjou, du Maine, de Touraine, du Lodunois et de Normandie autorisent pareillement les déclarations et reconnaissances d'héritiers, qui sont, comme on le verra bientôt, des espèces d'Institutions contractuelles. Enfin, la coutume de Liége porte, ch. 2, art. 4, que « promesse de succéder à tous biens à relaisser par le promet» teur est valable, et doit sortir ses effets, » sans que par autre disposition l'on n'y » puisse déroger ».

Les dispositions de ces coutumes forment le droit commun de tous nos pays coutumiers, et les parlemens de droit écrit eux-mêmes les ont reçues avec la plus grande faveur : on en trouve les preuves dans les *Questions alphabétiques* de Bretonnier.

On serait surpris sans doute de voir la coutume de Berry s'éloigner d'une jurisprudence aussi constante et aussi universelle, si l'on ne savait qu'elle a été rédigée par M. le président Liset, grand amateur du droit romain. Voici ce qu'elle porte, tit. 8, art. 5 : « Jaçoit que le mari et la femme, avant le » mariage solemnisé ou consommé, puissent » donner simplement ou mutuellement l'un à » l'autre, toute fois ils ne pourront, par ledit » contrat, instituer héritier l'un de l'autre, » soit mutuellement ou simplement, ne pareillement convenir que l'un succédera à » l'autre après son décès mutuellement où » simplement, comme dit est, en tous biens » universellement; mais bien pourront dès» lors donner leurs biens simplement ou réci» proquement l'un à l'autre qui sera survivant, » conférant par ce moyen l'effet et exécution » de la donation simple ou mutuelle après la » mort du donateur, et aussi faire convention » réciproque ou simple de l'obvention et suc» cession en aucuns biens particuliers ».

L'art. 6 ajoute que « ladite Institution » d'héritier, faite en contrat de mariage en » faveur des descendans dudit mariage, n'est » valable, mais bien les donations en faveur » d'iceux, ou conventions de succéder en » certains biens, pourvu qu'elle ne soit uni» verselle de tous biens présens et à avenir ».

Mais pour bien entendre ces dispositions, il faut les rapprocher du commentaire de La Thaumassière. Voici comment il s'explique dans ses *Questions sur la coutume de Berry*, cent. 1, chap. 67.

« Ces articles étant contraires au droit commun de notre France, on les doit prendre à l'étroit sans les étendre hors de leurs cas : *Nam quæ contra rationem juris introducta sunt, non trahuntur ad consequentias.* C'est pourquoi, comme ils ne parlent que des Institutions contractuelles faites par les futurs époux au profit l'un de l'autre, simplement ou réciproquement, ou en faveur des descendans de leur mariage, nous tenons communément que l'Institution d'héritier et convention de succéder en tout ou partie, faite au contrat de mariage par personnes étrangères, en faveur des futurs ou des descendans de leur mariage, ou de l'un d'eux, sont légitimes et valables, soit qu'elles soient faites par les pères et mères des futurs, ou par leurs parens et amis : tant parceque ces articles ne parlent que des Institutions et conventions de succéder faites par les futurs, et partant ne doivent être étendus hors de leur espèce et au préjudice de la coutume générale du royaume, que parceque, par l'art. 7 du titre précédent, toutes donations et conventions faites au contrat de mariage, par quelque personne que ce soit, en faveur des mariés ou de leurs descendans, saisissent lesdits mariés et leurs descendans, le cas advenant; et ainsi ai-je toujours vu tenir par les plus fameux consultans de cette province que j'ai pratiqués.

» Cela a été jugé, en cette coutume, pour une Institution d'héritier faite par un oncle au profit de sa nièce, par son contrat de mariage, qui fut déclarée valable par arrêt de la grand'chambre, au rapport de M. Le Nain, sur la fin de mars, ou au commencement d'avril 1642, comme je l'ai appris des mémoires de M. Jacques Cholet, ancien avocat au parlement : et, suivant son avis, il en faut autant dire des affiliations faites par les père et mère de l'un des futurs, au profit de l'autre, pour venir à leurs successions, tout ainsi qu'un de leurs enfans naturels et légitimes, ce qui est très-fréquent en cette province, particulièrement entre paysans et personnes rustiques, dont j'ai vu une infinité de contrats contenant semblables clauses, sans qu'elles aient jamais été débattues ».

[[III. On verra à l'article *Institution d'héritier*, sect. 1, nos 7, 8 et 9, que la loi du 17 nivôse an 2 avait prohibé toutes les dispositions à titre universel, et que loin d'en excepter les Institutions contractuelles, elle les y avait comprises nommément; que, par l'effet

de sa prohibition, ces dispositions étaient, non pas réductibles, mais nulles pour le tout; et que cette législation avait été maintenue par la loi du 4 germinal an 8.

Mais l'art. 1082 du Code civil a rétabli, à cet égard, les choses sur l'ancien pied : il porte que « les pères et mères, les autres » ascendans, les parens collatéraux des époux » et même des étrangers, pourront, par con» trat de mariage, disposer de tout ou partie » des biens qu'ils laisseront au jour de leur » décès, tant au profit desdits époux, qu'au » profit des enfans à naître de leur mariage, » dans le cas où le donateur survivrait à l'é» poux donataire ».

Cet article a-t-il validé les Institutions contractuelles qui avaient été stipulées sous le régime intermédiaire des lois des 17 nivôse an 2 et germinal an 8, mais qui ne se sont ouvertes que depuis la publication de l'art. 1052 du Code civil, ou ce qui est la même chose, dont les auteurs ne sont décédés que postérieurement à cette publication?

La négative serait incontestable, s'il en était à cet égard d'une Institution contractuelle comme d'une Institution testamentaire d'héritier; car on verra à l'endroit cité de l'article *Institution d'héritier*, que les Institutions faites par testament aux époques où des lois intermédiaires les prohibaient, mais dont les auteurs ne sont morts que depuis la publication du titre *des donations et testamens* du Code civil qui les autorise, doivent recevoir leur plein et entier effet.

Mais il y a, par rapport à notre question, une grande différence entre un testament et un contrat. La loi du moment de la confection d'un testament n'en règle que la forme extrinsèque, en même temps que, dans certains cas (expliqués à l'article *Testament*, sect. 1, §. 6), elle concourt avec la loi du temps du décès, à régler la capacité du testateur; et c'est à la loi seule de l'époque du décès qu'il appartient de régir le fond et l'effet des dispositions de tout acte de cette nature; au lieu que, dans un contrat, lors même que l'exécution en est subordonnée à un événement futur comme une Institution contractuelle l'est toujours, ainsi qu'on le verra ci-après, §. 12, au décès de l'instituant avant l'institué), c'est par la loi du temps où en est formé le lien que se règlent, non-seulement la capacité des parties qui y stipulent et la forme dont il doit être revêtu, mais encore les effets qu'il doit produire, notamment sur les biens qui en sont l'objet.

C'est donc de la loi du temps où se stipule une Institution contractuelle, que dépend la question de savoir si les biens qui en sont l'objet, sont disponibles, et jusqu'à quelle concurrence ils le sont; et ce qui met cette conséquence au-dessus de toute espèce de doute, c'est qu'il est d'une jurisprudence constante (ainsi qu'on l'a vu aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 6, n°. 5), qu'une loi postérieure à l'Institution contractuelle ne peut pas resserrer, au préjudice de l'institué, les bornes de la disponibilité des biens de l'instituant. Cela seul, en effet, tranche la difficulté; car il en est nécessairement du pouvoir d'agrandir, comme du pouvoir de resserrer le cercle de la disponibilité; et la loi qui n'a pas celui-ci, ne peut évidemment pas avoir celui-là.

Aussi est-ce dans ce sens que la question a été jugée par un arrêt de la cour royale de Limoges, et par un autre de la cour de cassation, qui l'a maintenu.

Le 29 germinal an 8, les sieur et dame Vallet, en mariant leur fils aîné, l'instituent leur héritier universel par le contrat qui précède son mariage. Ils meurent tous deux, l'un en 1811, l'autre en 1813, et leur fils aîné prétend faire valoir son Institution contre ses frères et sœurs jusqu'à concurrence de la portion déclarée disponible par le Code civil.

Le 22 mai 1816, jugement du tribunal de première instance d'Aubusson, qui déclare l'Institution contractuelle nulle pour le tout.

Appel, et le 19 août suivant, arrêt confirmatif,

« Attendu que, par les art. 1 et 2 de la loi du 17 nivôse an 2, les Institutions contractuelles dont les auteurs n'étaient décédés que depuis le 14 juillet 1789, ou vivaient encore, ont été déclarées nulles purement et simplement, et qu'il serait absurde de supposer que le législateur eût voulu permettre de refaire, dans les mêmes termes, les mêmes dispositions, ou d'en faire de semblables postérieurement à la publication de la loi;

» Attendu que l'intention du législateur sur la prohibition, pour l'avenir, de semblables dispositions universelles entre-vifs, est démontrée encore, soit par l'art. 9 qui admet le partage égal des successions entre tous les héritiers présomptifs, soit par l'art. 16 qui ne permet de disposer pour l'avenir que du dixième ou du seizième, soit par l'art. 17 qui n'autorise la retenue du dixième ou du seizième, c'est-à-dire, la réduction d'une disposition excessive, que sur les anciennes dispositions, soit enfin par l'art. 34 qui ne maintient que les legs à titre particulier; et si ensuite, par ladite loi du 22 ventôse, art. 47,

le législateur ne s'est prononcé d'une manière littérale que sur la nécessité de refaire les dispositions à cause de mort, c'est, d'une part, parceque les dispositions universelles entre-vifs étaient littéralement annulées par les art. 1 et 2 de la loi du 17 nivôse, de telle sorte que le doute était désormais impossible; c'est, d'un autre côté, comme l'observent fort bien les auteurs du *Répertoire de jurisprudences*, aux mots *Institution d'héritier*, parcequ'il y avait incertitude sur l'application de l'art. 47 qui autorisait la retenue, aux dispositions dont les auteurs avaient survécu à la loi du 17 nivôse, l'art. 47 de celle du 22 ventôse a eu pour objet principal de lever les doutes à cet égard; mais l'esprit du législateur, sur son intention de ne pas permettre pour l'avenir aucune disposition universelle, résulte aussi très-clairement des termes de l'art. 47;

« Attendu qu'il est si peu permis de conserver des doutes sur cette intention, que, par l'art. 1er. de la loi du 18 pluviôse an 5, ont été seulement maintenues les Institutions contractuelles et autres dispositions irrévocables de leur nature, stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793; et par l'art. 4, sont seulement réductibles les dispositions à cause de mort faites antérieurement à la publication de la loi du 22 ventôse;

» Attendu que, bien loin de déroger aux lois antérieures sur la prohibition des dispositions universelles, la loi du 4 germinal an 8 a statué dans les mêmes termes que l'art. 11 de la loi du 5 brumaire an 2, et l'art. 16 de la loi du 17 nivôse suivant; elle a seulement agrandi le cercle de la disponibilité, déclaré les successibles habiles à recevoir les libéralités qu'elle autorise, et permis les dispositions universelles uniquement à ceux qui ne laissent pas de parens au degré de cousin issu de germain; qu'on peut d'autant moins révoquer en doute qu'à l'exception de ce dernier cas, la loi du 4 germinal an 8 n'avait pas entendu rapporter la législation antérieure sur la prohibition des dispositions universelles, que M. Chabot de l'Allier, faisant le rapport au tribunat, au nom de la section de législation, de la loi du Code civil, relative aux successions, dit positivement que cette loi n'avait pas rétabli les Institutions d'héritier précédemment abolies;

» Attendu que la distinction faite par l'appelant, entre les dispositions universelles par testament, qu'il reconnait n'avoir pas plus été permises sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8 que sous l'empire des lois antérieures, et les dispositions universelles qu'il voudrait faire considérer entre-vifs, est contraire aux termes de la loi du 4 germinal qui dispose de la même manière et dans les mêmes termes sur les libéralités faites, soit par cet acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté;

» Attendu que c'est seulement par l'art. 920 du Code civil que les lois des 17 nivôse et 22 ventôse ont été abrogées, en tant qu'elles annulaient pour le tout les dispositions universelles; et c'est ainsi que l'a décidé deux fois la cour de cassation par ses arrêts des 26 juin et 23 novembre 1809 ».

Le sieur Vallet se pourvoit en cassation; mais son recours est rejeté par arrêt de la section des requêtes, du 1er. juin 1820,

« Attendu qu'il ne s'agit pas d'une donation à titre particulier, mais d'une Institution contractuelle à titre universel, faite le 29 germinal an 8, sous l'empire des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 qui avaient prohibé toute disposition de cette espèce; que la loi du 22 ventôse an 2, art. 47, avait même spécialement déclaré qu'une telle disposition *était nulle pour le tout;*

» Que la loi de germinal an 8 s'était bornée à augmenter la portion disponible, mais n'avait aucunement abrogé les lois antérieures relatives à la prohibition de disposer à titre universel et à la nullité absolue d'une pareille disposition;

» Que ce n'est que par l'art. 920 du Code civil que les dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort, excédant la portion disponible, sont devenues réductibles; mais que son application à des actes soumis à l'empire d'une législation contraire, ne pourrait avoir lieu sans lui donner un effet rétroactif, ce que prohibe l'art. 2 du même Code; que ce serait en même temps valider en partie une disposition déclarée nulle par la loi du temps où elle a été faite; qu'ainsi, la cour royale de Limoges, en la considérant comme non écrite et sans aucun effet, loin de contrevenir à la loi, s'y est parfaitement conformée (1).

§. II. *De la nature des Institutions contractuelles.*

Les mots *Institution contractuelle* semblent renfermer des idées absolument opposées l'une à l'autre: faire à la fois un testament et un contrat! Le droit romain n'admettait pas ce mélange d'actes contradictoires: *Verba contraxe-*

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, page 30.

gesserunt, non pertinent ad testandi jus, dit la loi 20, D. *de verborum significatione.* De là naît la difficulté de fixer la véritable nature de ces sortes de dispositions, c'est-à-dire, de déterminer si ce sont des donations entre-vifs ou des dispositions à cause de mort. Cette question est une des plus controversées qu'il y ait sur cette matière.

Ceux qui prétendent que l'Institution contractuelle est une donation à cause de mort, disent, que celui qui institue un héritier par contrat de mariage, ne donne rien de son vivant, mais seulement après sa mort; qu'il aime mieux que ce qu'il donne lui appartienne qu'à l'institué, et à l'institué qu'à son héritier légitime; ce qui forme proprement le caractère d'une donation à cause de mort : *Donatio causâ mortis est quæ propter mortis fit suspicionem; et in summâ, mortis causâ donatio est cùm magis se quis velit habere quàm eum cui donat, et magis eum cui donat quàm heredem suum* (§. 1, Inst. *de donationibus*). On ajoute que les donations à cause de mort conviennent encore avec les Institutions contractuelles, en ce que les unes comme les autres n'empêchent pas d'aliéner; en ce qu'elles sont révoquées par le prédécès de celui en faveur duquel elles sont faites; en ce que le droit d'accroissement y a lieu; en ce qu'elles n'ont pas besoin d'acceptation, etc.

Ceux qui soutiennent, au contraire, que l'Institution contractuelle est une donation entre-vifs, disent que c'est un contrat, qu'elle est irrévocable, qu'elle saisit, qu'elle est sujette à la formalité de l'insinuation; qu'elle ne produit, à la vérité, son effet qu'après la mort de l'instituant, mais qu'elle n'en est pas moins une disposition entre-vifs, suivant cette note de Dumoulin sur l'art. 291 de la coutume de Bourbonnais, *Dispositio statim ligat nec suspenditur, et ab eâ fit denominatio, sed executio habet tractum;* qu'enfin, l'institution contractuelle, approchant beaucoup plus de la donation entre-vifs que de celle qu'on fait à cause de mort, on doit la considérer comme donation entre-vifs, suivant la maxime qu'un acte qui participe de deux natures, doit être réputé de celle dont il tient le plus.

Ces deux opinions sont également extrêmes. Il est certain que l'Institution contractuelle n'a, sous certains rapports, que l'effet d'une disposition de dernière volonté; et que, sous d'autres, elle a tous les caractères des donations entre-vifs. Lebrun lui-même, qui la compte parmi les actes de cette dernière qualité, est obligé de convenir qu'il faut la considérer sous trois aspects différens : 1°. quant à l'irrévocabilité, c'est une donation entre-vifs; 2°. que, lorsqu'il s'agit de décider si elle se transmet à toutes sortes d'héritiers de l'institué, et si elle empêche l'instituant de disposer, c'est une donation à cause de mort; 3°. que, quant à la question de savoir si l'institué est tenu des dettes de l'instituant et à quelle concurrence, c'est une succession.

« Qu'est-ce donc précisément que l'institution contractuelle (demande Danty)? C'est un ouvrage de notre jurisprudence, que le droit romain n'a jamais connu, et dont la définition exacte renfermerait des contrariétés évidentes. Pour bien connaître précisément ce que c'est qu'une Institution contractuelle, il faut remonter jusqu'à son principe, c'est-à-dire examiner quel est le véritable motif et l'intention de l'instituant; car c'est uniquement le motif et l'intention du donateur qui doivent caractériser la libéralité.

» Or, il est évident que si on pénètre bien le motif de l'instituant, il ne faudra pas toujours mettre l'Institution contractuelle au rang des donations entre-vifs, parceque ce serait lui faire grâce, pour parler avec Ricard que de lui donner ce rang : en effet, il est difficile de démêler dans une simple Institution contractuelle (avec la réserve de pouvoir disposer, par l'instituant, de ses biens, ainsi que bon lui semblera jusqu'à sa mort), ce caractère unique et essentiel de la donation entre-vifs, qui consiste dans la prédilection du donataire pour le donateur; car peut-on dire que l'instituant, qui n'assure à l'institué que le titre d'héritier, lui donne un bien réel, présent et effectif? Devient-*il* plus pauvre d'avoir donné? L'institué se peut-il dire plus riche? Sa fortune ne demeure-t-elle pas en suspens entre les mains de l'instituant durant sa vie? Elle ne devient fixe qu'à l'instant de sa mort; jusque là, spectateur de l'administration de son bienfaiteur, souvent même de ses aliénations et de son repentir, il ne tire aucun avantage de sa prétendue qualité d'héritier; et l'instituant le prefère si peu à soi-même, que, craignant d'avoir trop fait pour lui, il prend ses sûretés, et stipule des réserves contre son donataire. Ce qu'il lui donne d'une main, il le retient de l'autre; ou pour mieux dire, il ne le lui montre que de loin. Que, s'il renonce par cette Institution au pouvoir de se faire un autre héritier, si ce titre qu'il donne à l'institué devient irrévocable, c'est uniquement par la nature et par la qualité du contrat de mariage dont les clauses ne se peuvent changer; ce n'est pas par une volonté fixe et déterminée : et s'il a la faculté de le nommer son héritier par avance, c'est

qu'il sait qu'il ne lui en coûtera que ce mot pour mériter le nom de donateur, et qu'il demeurera toujours maître de sa libéralité.

» Il est donc quelquefois à propos, dans les différentes espèces d'Institutions contractuelles qui se présentent à juger, d'approfondir quelle a été l'intention et l'esprit de l'instituant, parce qu'il en faut toujours revenir à ce qu'il a eu dessein de faire. Il est certain que le contrat de mariage peut bien donner à une donation à cause de mort, la qualité d'irrévocable; mais il ne peut la changer en une donation entre-vifs, universelle de tous les biens, contre l'intention de l'instituant; et lorsqu'il ne s'en est pas disertement expliqué.

» Il faut de plus considérer que les Institutions contractuelles, qui sont un droit particulier de la France, n'ont été introduites d'abord par la loi des fiefs, qu'en faveur des enfans des institués, ou des enfans qui naîtraient de leur mariage, et notamment des aînés entre personnes nobles, pour la conservation des familles, et seulement pour une part des biens de l'instituant. Ainsi, dans tous les autres cas, elles ne doivent pas avoir la même faveur : et pour décider les questions qui se présentent, il n'y a qu'à consulter ce qu'a écrit l'auteur *des lois civiles....* en sa préface sur le titre *des successions* : il dit que, les Institutions contractuelles ayant leur nature mêlée de celle des testamens et de celle des conventions, on doit distinguer en chaque difficulté si c'est par les règles des conventions ou par celle des testamens qu'on doit la résoudre; et il en propose trois exemples. Ce n'est donc pas par les maximes des donations entre-vifs, ni des donations à cause de mort, qu'il faut se déterminer sur cette matière, parceque les définitions que les lois nous donnent des unes et des autres, ne peuvent convenir à l'Institution contractuelle, qui n'est qu'un contrat entre-vifs, c'est-à-dire, *une obligation que contracte l'instituant envers l'institué, de lui laisser, à titre d'héritier, tous les biens qui lui resteront au jour de sa mort,* c'est-à-dire, *un testament irrévocable, qui peut comprendre néanmoins tous les biens du testateur* ».

Cette définition est à peu près celle de Laurière : l'Institution contractuelle (dit-il) est « un don irrévocable de succession, ou d'une » partie de succession, faite par contrat de » mariage au profit de l'un des deux époux, » ou des enfans qu'ils doivent avoir ensemble».

[[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Institution contractuelle*, §. 2, et *Remploi*, §. 4; et ci-après, §. 8 et 10.]]

§. III. *Par quels actes peut-on instituer contractuellement?*

I. C'est une règle généralement adoptée, qu'on ne peut faire un héritier contractuel, que par contrat de mariage. Tous les auteurs français et étrangers rendent hommage à ce principe. « La première condition de ces » Institutions (dit Lebrun) est qu'elles soient » faites dans des contrats de mariage, par- » ceque l'Institution d'héritier n'étant point » de notre droit coutumier, et l'Institution » contractuelle étant contre le droit, on ne » l'a admise que par la faveur extrême des » contrats de mariage; la coutume de Bour- » bonnais, art. 219 et 223, et celle d'Auvergne, » chap. 14, art. 26, y sont précises ».

Maynard dit, après le docteur Fernand, que l'une des formalités principalement requises pour la validité des Institutions contractuelles, est « qu'elles soient faites *in-* » *continenti juxtà contractum matrimonii;* » et ce d'autant que la faveur du contrat de » mariage auquel elles se trouvent unies, » jointes et comme attachées, les fait et rend » légitimes, autrement injustes et réprouvées » de droit... : si elles sont faites hors du con- » trat de mariage, le droit commun aura » lieu, suivant lequel n'auront aucun effet » et valeur, pour n'avoir été faites au même » contrat de mariage publiquement, présens, » sachans et entendans ceux qui y sont ap- » pelés et assistent ».

Nous pourrions ajouter à ces deux autorités celles de tous les jurisconsultes français qui ont écrit sur cette matière. Pour éviter des longueurs inutiles, nous nous bornerons à transcrire ici l'art. 2 du tit. 39 des arrêtés de M. Lamoignon : « Les Institutions contrac- » tuelles à titre universel et de quotité, les » déclarations de fils aîné et de principal hé- » ritier, et les promesses de conserver aux » héritiers présomptifs ou à aucun d'eux » leur portion héréditaire, ou l'égalité, entre » les héritiers, sont valables, pourvu qu'elles » soient faites par contrat de mariage ».

Voët, auteur hollandais, atteste la même jurisprudence pour son pays : *Quamvis nunc hactenùs ad illâ juris Romani dispositione ubique recessum videatur, quòd pactis dotalibus de futurâ successione conjugum inter se, ut et conjugum in bona tertii, vel [illegible] in bona conjugum, tractetur; tamen extrà pacta dotalia.....etiam nùm reprobatæ manent apud nos, convenienter juri Romano, conceptæ de tertii certi vel ipsorum paciscentium hereditate conventiones; ita saltem ut effectum haud sortientur....* L'auteur rap-

porte ensuite, d'après Néostade, un arrêt du conseil souverain de Hollande, qui l'a ainsi jugé : *Quâ ratione cùm inter secundum tertiumque fratrem, vivo primogenito ac feudum habente, pactum intercessisset ut alter post obitum primogeniti feudum haberet, alter mille aureos velut dimidiatum prædii feudalis pretium perciperet, judicatum fuit secundo genitum, ut successorem feudalem, mortuo primogenito, illud habiturum jure præcipui, nec ad mille aureos fratri teneri.*

II. Il est quelquefois arrivé que certaines personnes ont voulu faire des contrats de mariage après la bénédiction nuptiale; mais jamais on n'a regardé comme valables les institutions contractuelles qui pouvaient y avoir été stipulées. Une disposition de cette nature peut bien précéder le mariage de fort long-temps; mais elle ne peut pas le suivre même d'une heure, d'une minute. C'est la décision de Dumoulin sur l'art. 26 du chap. 14 de la coutume d'Auvergne : *Etiamsi tractatus iste diù præcedat matrimonium, secùs si sequatur; nec sufficit quòd fiat in favorem, sed quòd in ipso contractu, ut sit pars pactorum dotalium.* Fernand, Despeisses, Lebrun, le président Favre, pensent absolument de même. La raison qu'en donne le dernier (*De erroribus pragmaticorum*, dec. 28, err. 6, n°. 6), mérite d'être ici rapportée : *Ubi matrimonium contractum est, nullas potest recipere pactiones quæ legibus prohibeantur, nec si quis velit in eam rem matrimonii favorem obtendere, quia non potest dici contrahentes aliter non fuisse contracturos, qui jàm contraxerunt: Quare nec si ponas millies intervenisse jurisjurandum in contractu facto post initum matrimonium, valebit tamen pactio apud Gallos, sive sit facta de succedendo, sive de non succedendo, quia extrà dotales tabulas habent pro vero et inviolabili..... hereditatem pacto, dari non posse.*

On ne peut rien de plus solide ni de plus clair que ces raisons; et elles ont encore l'avantage d'être fortifiées par un arrêt du parlement de Toulouse, du 16 juillet 1596, qui, suivant d'Olive, liv. 3, chap. 30, a jugé « qu'une donation faite en faveur de mariage » et des enfans descendans d'icelui, se trou- » vant passée quelque temps après les noces » accomplies, ne devait pas jouir des privi- » léges que la coutume de France accorde » aux contrats de mariage, *quia non dederat* » *causam matrimonio, quamvis favorem ma-* » *trimonii prætexeret* ».

Nous trouvons néanmoins un arrêt du parlement de Flandre, qui a jugé valable une Institution contractuelle faite après le mariage. On nous croirait à peine si nous ne rapportions les termes du magistrat qui nous a conservé cette décision. Voici comment s'exprime Pollet, page 72 : « Par arrêt rendu » à mon rapport, le 14 avril 1706, entre Jean- » Baptiste Cornil, mari et bail de Marie-Ca- » therine Desquiens, appelant des officiers du » bailliage de Lille, Pierre le Pers, et Marie- » Catherine Thibaut, veuve de Jacques le Pers, » intimés; une donation entre-vifs faite aux » autres enfans au préjudice de la représenta- » tion accordée par le contrat de mariage de » Pierre-Remi Desquiens et Catherine le Pers, » en faveur des enfans qui en naîtraient, a » été déclarée nulle et de nulle valeur, nonob- » stant que le contrat de mariage avait été » passé un an et plus après le mariage ».

Il y a tout lieu de croire que l'on n'a ainsi jugé que parceque la cause des donataires à été mal défendue : sans doute leur avocat n'aura pas assez fait sentir la nécessité de rédiger et de consommer les conventions matrimoniales avant la célébration du mariage. Il est vrai que le droit romain autorisait les pactes nuptiaux qui se faisaient après l'union des époux; c'est ce que nous apprennent les lois 1, 21, 24, 28 et 29, D. *de pactis dotalibus*, et c'est peut-être ce qui a motivé l'arrêt que nous venons de rapporter. Mais on aurait dû faire attention que cette jurisprudence est abolie, non-seulement en France, mais encore dans toute la Belgique. (*V.* Grotius, dans son introduction à la jurisprudence de Hollande, liv. 2, chap. 12; et Néostade, *de pactis antenuptialibus*, observ. 8; Groëneweghen sur la loi 11, C. *ad senatus-consultum Velleianum*; Wesel, *de connubiali societate*, traité 2, chap. 1; Voët, sur le Digeste, liv. 23, tit. 4, n°. 1.)

[[Le Code civil consacre formellement la doctrine de ces auteurs. *V.* l'article *Contrat de mariage*, §. 1.

Mais il ne s'ensuit point de là qu'on puisse regarder comme nulle une Institution contractuelle qui serait faite par un acte authentique après le contrat de mariage, pourvu que cet acte fût antérieur à la cérémonie nuptiale. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Remploi*, §. 4.

II. *bis.* Que doit-on penser d'une Institution contractuelle qui a été stipulée par un contrat de mariage sous seing-privé?

Elle serait incontestablement nulle sous le code civil qui, en fait de contrats de mariage, ne reconnaît pour valables que ceux qui ont été passés devant notaires.

Mais si elle était antérieure au Code civil, et qu'elle s'ouvrit aujourd'hui, pourrait-elle être critiquée sur le fondement que l'art. 1er. de l'ordonnance de 1731 voulait que *tous actes portant donation entre-vifs fussent passés devant notaires, et qu'il en restât minute, à peine de nullité ?*

La jurisprudence de la cour de cassation n'est pas bien fixée sur cette question.

Un arrêt de cette cour, du 29 ventôse an 13, rapporté à l'article *Démission de biens*, nº. 5, en a maintenu un de la cour d'appel de Rouen qui avait déclaré valable une Institution contractuelle faite par un contrat de mariage sous seing-privé.

Mais précédemment et par un arrêt du 16 fructidor an 7, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Contrat de mariage*, §. 4, la même cour avait cassé un jugement en dernier ressort du tribunal civil du département de Lot et Garonne qui avait jugé dans le même sens.

Et elle a encore cassé, les 20 mai 1818, un arrêt de la cour royale de Pau, du 7 juillet 1815, qui avait préjugé, par un interlocutoire, la validité d'une Institution contractuelle faite par un contrat de mariage sous seing-privé au profit de l'aîné des enfans à naître des futurs époux (1).

Quel est de ces trois arrêts celui que l'on devrait prendre pour règle, si la question se représentait ?

Je n'hésite pas à répondre que c'est l'arrêt du 29 ventôse an 13.

En effet, l'art. 1er. de l'ordonnance de 1731 ne porte que sur les donations entre-vifs. A la vérité, il comprend dans sa disposition les donations entre-vifs par contrat de mariage, comme les donations entre-vifs par acte ordinaire, et c'est ce qui est démontré dans les conclusions du 18 fructidor an 13, et jugé par l'arrêt de la cour de cassation du même jour, qui sont rapportés aux mots *Démission de biens*, nº. 5. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que, pour que l'Institution contractuelle fût comprise dans la disposition de cet article, il faudrait qu'elle fût une donation entre-vifs; or, il est bien constant que tel n'est pas son caractère, et qu'elle ne diffère, comme on l'a vu au §. précédent, d'une Institution d'héritier purement testamentaire, qu'en ce qu'elle est irrévocable.

La restriction de l'art. 1er. de l'ordonnance de 1731, aux actes portant donation entre-vifs, est d'ailleurs d'autant plus remarquable, que cette ordonnance ne s'occupe pas seulement des donations entre-vifs, mais encore des Institutions contractuelles et des donations à cause de mort par contrat de mariage; et que, dès lors, ce serait, de sa part, si elle voulait assujétir les Institutions contractuelles à la règle établie par son 1er. article, une inconséquence de ne pas rendre cette règle commune à toutes les dispositions à titre gratuit qui seraient faites autrement que par des actes de dernière volonté.

Vainement opposerait-on à cet argument que l'art. 13 dispense les Institutions contractuelles de la formalité de l'acceptation expresse; que c'est là une exception à la règle générale établie par l'art. 5 relativement aux donations entre-vifs, et que, par cela seul que c'est une exception, il en résulte que toutes les autres règles qui concernent les donations entre-vifs, sont applicables aux Institutions contractuelles.

Ce n'est point par exception à l'art. 5, que l'art. 13 dispose comme il le fait; la manière dont il est rédigé le prouve assez clairement. « Les Institutions contractuelles (porte-t-il) et » les dispositions à cause de mort qui seraient » faites dans un contrat de mariage, même » par des collatéraux ou des étrangers, ne » pourront être attaquées par le défaut d'ac» ceptation ». Pourquoi donc l'ordonnance croit-elle devoir, après avoir soumis les *donations entre-vifs* à la formalité de l'acceptation, en dispenser les Institutions contractuelles et les donations à cause de mort par contrat de mariage? C'est uniquement parceque, si elle ne les en dispensait pas, elles y seraient soumises de plein droit, savoir, les Institutions contractuelles, parcequ'elles sont de véritables contrats, et qu'un contrat ne peut régulièrement se former que par le concours des volontés des parties contractantes; et les donations à cause de mort, parceque le droit romain lui-même exige pour la validité d'une donation à cause de mort qu'elle soit acceptée par le donataire (1).]]

III. Au reste, quelque constante que soit la jurisprudence qui rejette les Institutions contractuelles, faites autrement que par contrats de mariage, elle ne laisse pas d'admettre quelques exceptions.

IV. Un arrêt du 12 décembre 1562, rapporté par Papon, a confirmé un pacte de suc-

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, page 336.

(1) *V.* l'article *Donation*, sect. 10.

cession réciproque, inséré dans un acte de société universelle.

Dumoulin convient aussi, sur l'art. 216 de la coutume de la Marche, qu'une pareille clause est licite : *Tamen iste articulus posset habere locum in societate ita expressè conventâ.*

Bugnion, *de legibus abrogatis*, liv. 1, chap. 226, dit que *Pactum de futurâ successione validum est, quandò fit respectu futurarum nuptiarum, aut societatis omnium bonorum contrahendæ causâ.*

Le praticien Masuer s'explique absolument de même, tit. 28, n°. 9 : « Et combien (dit-il) » que l'Institution testamentaire ne vaille » par la coutume, sinon que jusques à la » concurrence d'un quatrième, toutefois celle » qui est incidente et conventionnelle, vaut » pour le tout en deux cas, à savoir en con- » trat de société de tous et chacun les biens » des contrahans, et en contrat de mariage; » de manière que s'il était convenu et porté » par les contrats d'association ou de mariage, » que le survivant succédât au prémourant, » la convention serait bonne ».

La coutume d'Auvergne adopte formellement cette opinion. Voici ce qu'elle porte à ce sujet, chap. 15, art. 1 : « Tous pactes et » convenances, tant de succéder qu'autres » quelconques, soit mutuelles ou non, mises » et apposées en contrat d'association uni- » verselle, faite et passée par personnes ca- » pables à contracter, non malades de mala- » dies dont l'on espère la mort, ou que la » mort s'ensuive de prochain, sont bonnes et » valables, et saisissent les contrahans ladite » association ou leurs descendans ».

Cette disposition est-elle de droit commun? Il paraît, d'après l'arrêt et les auteurs cités, qu'on doit tenir pour l'affirmative; et en effet lorsque de deux associés universels (les seuls entre lesquels puissent avoir lieu les pactes dont nous parlons), l'un succède à l'autre, on peut dire qu'il n'acquiert rien, puisqu'il était déjà propriétaire par indivis de toute la fortune du défunt : l'Institution contractuelle dont celui-ci l'a gratifié, n'est, à proprement parler, qu'une dispense d'entrer en partage; ce n'est donc pas à titre héréditaire, mais par droit de *non décroissement*, qu'il succède.

Inutilement opposerait-on l'art. 2 de l'ordonnance de 1731, portant qu'il n'y aura plus à l'avenir dans tout le royaume que deux formes de disposer à titre gratuit, l'une par donation entre-vifs, l'autre par testament. Cet article ne peut certainement pas empêcher un créancier de libérer gratuitement son débiteur, sans employer les formalités d'une donation ou d'un testament : c'est ce qu'on peut inférer d'un arrêt du 22 juillet 1710, rapporté par Augeard. Or, qu'est-ce qu'une Institution contractuelle insérée dans un acte de société universelle, si ce n'est une remise gratuite des actions *pro socio et communi dividendo?*

Aussi Furgole ne fait-il aucune difficulté de dire sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1731, que ces sortes de conventions sont autorisées par l'usage du royaume. Il aurait parlé tout différemment s'il avait cru qu'elles eussent été abrogées par la loi qu'il commentait.

[[Cette question ne pourra plus se présenter pour les contrats de société universelle formés sous l'empire du Code civil; car les art. 1836 et 1837 ne permettent les sociétés universelles que pour les *biens présens*.

Au surplus, *V.* l'article *Règlement ab intestat.*]]

V. Il y a en Hollande une ordonnance de l'année 1580, dont l'art. 29 approuve les pactes de succéder que font entre eux plusieurs co-partageans d'une même succession échue : *Ut nempè*, dit Voët, *bona quæ cuicumque ex divisione obvenerunt, certo modo devolvantur post obitum eorum :* mais, ajoute cet auteur, ces sortes de conventions ne sont point reçues partout; la Hollande est presque la seule province où elles sont admises; elles ne le sont pas notamment à Utrecht : *Sed talia pacta vis usquàm extra Hollandiam probata sunt, Ultrajecti certè improbata.*

Voët agite à ce propos la question de savoir si un pacte de cette nature, étant passé dans un pays où il est rejeté, peut avoir son effet sur les héritages situés en Hollande; et il se détermine pour l'affirmative, sur le fondement que les successions se règlent toujours par les lois de la situation : *Eo quòd tranlatitium est immobilia, quantùm ad successiones, regi jure loci in quo sita sunt.*

Mais ne peut-on pas opposer à cette décision la maxime *locus regit actum* (c'est par la loi du lieu où un acte a été passé, qu'il est régi)?

Non; les contrats ne se règlent par les lois des lieux où ils sont passés, qu'en ce qui concerne les formalités extrinsèques dont ils doivent être revêtus, et souvent aussi en ce qui concerne l'interprétation des clauses obscures ou le supplément aux clauses omises; mais le fond des actes ne dépend pas du tout de ces lois; il se règle uniquement, tantôt par la loi du domicile, tantôt par celle de la situation, suivant les différentes circonstances : or, pour ne nous appuyer

que sur des autorités relatives à notre espèce, « l'Institution d'héritier (dit Froland, page » 849 de ses *Mémoires sur les statuts*) n'est » pas une forme ou solennité; c'est un droit » de succéder que la personne instituée ac- » quiert au moyen de l'Institution qui a été » faite en sa faveur ». Et comme on ne saurait nier qu'une disposition de cette nature ne soit tout-à-fait réelle, il faut admettre sans difficulté l'opinion de Voët, que nous venons de citer : c'est aussi la conséquence qu'en tire Froland, lorsqu'il dit qu'on tient pour maxime que les droits de cette qualité de succéder, se gouvernent et se régissent par les coutumes des lieux où les biens sont situés.

Quant aux meubles compris dans un dès pactes dont il s'agit, il faut dire avec Rodemburg et Voët, que le changement de domicile ne peut avoir aucun effet à leur égard; qu'ainsi, des co-partageans qui étaient domiciliés en Hollande au temps du partage, ne peuvent, en se retirant de ce pays, annuler les pactes de succession mobilière qui y ont été apposés, et *vice versâ*.

Nous n'avons encore rien dit sur notre jurisprudence, relativement à ces sortes de stipulations. Devons-nous les regarder comme absolument nulles et de nul effet?

Voët semblerait devoir nous le faire penser ainsi, puisqu'il parle de la Hollande comme du seul pays où elles sont permises; mais prenons garde à cette conséquence, elle peut être trop générale.

Stipuler dans un acte de partage que tel lot appartiendra à l'un des co-partageans, si celui à qui il est échu vient à mourir sans enfans, ce n'est point faire une Institution contractuelle, mais disposer de choses singulières et déterminées, ce qui est bien différent. Le droit romain rejette les pactes de succession future; mais il permet à tout propriétaire de convenir que tels et tels biens appartiendront, après sa mort, à une personne désignée : *Certum est*, dit Stockmans, *jure communi valere pacta quibus duo paciscentes de bonis suis post mortem alterutrius disponunt, si scilicet verba conventionis sonent, non in ipsam hereditatem aut in successionem universalem; sed in certa bona.* Ainsi, une clause de la nature de celles dont nous parlons, doit être considérée comme une donation véritable; et si l'acte de partage se trouve revêtu de toutes les formes prescrites par l'ordonnance de 1731, point de doute qu'elle ne doive être exécutée. C'est ce qu'on peut inférer de ce passage de Bourjon : « Si l'Insti- » tution d'héritier est portée par un acte en- » tre-vifs, autre qu'un contrat de mariage, » elle est nulle, à moins qu'elle ne soit revê- » tue des formalités des donations; auquel » cas c'est donation qui ne vaut que jusqu'à » concurrence d'une donation, c'est-à-dire » pour les biens présens, s'il y a eu d'iceux » vrai dépouillement ».

Stockmans rapporte un arrêt de la cour féodale de Brabant, qui confirme cette doctrine. Deux frères étaient convenus, en partageant une succession qui leur était échue en commun, que ni eux ni leurs enfans nés ou à naître ne pourraient aliéner les biens qui composaient leurs lots respectifs; et ils avaient déclaré se substituer réciproquement dans ces biens, en cas d'extinction de leur postérité : il fut question de savoir si cette convention était valable. On disait, pour la détruire, qu'elle était sous seing-privé, et que d'ailleurs elle réglait une succession future; mais comme il ne fallait point d'acte public dans le Brabant pour faire une donation, et que la clause dont il s'agissait, ne portait que sur des biens certains et déterminés, il fut jugé, par arrêt du 25 mai 1647, rendu en révision solennelle, que cette clause devait avoir son exécution pleine et entière.

VI. On a vu ci-devant, §. 1, que le droit romain admet les conventions par lesquelles des co-héritiers présomptifs partagent entre eux une succession dont ils ont l'expectative, pourvu que celui à qui il s'agit de succéder confirme ces pactes par son consentement, et ne se rétracte point avant de mourir. Brodeau sur Louet, lettre R, §. 9, propose à ce sujet une espèce assez remarquable.

« On a demandé, (dit-il), si le rappel ayant été fait et la représentation accordée par convention entre deux frères, sans que celui de *cujus successione agebatur*, y eût prêté son consentement, était valable?

» La raison de douter était que telle convention dont l'avantage était réciproque, et dépend de l'incertitude de l'événement, est très-favorable, par le moyen de laquelle *fit reductio ad jus commune quo repræsentatio locum habet in lineâ collaterali.* Ce n'est point proprement une paction *de successione viventis, sed communicatio juris, sive pactum de conservando jure quod per [illegible] impediebatur.* C'est rappeler, *quasi jure postliminii*, ceux qui sont éloignés d'un degré, et les subroger au droit de leur père prédécédé, de la mort duquel les frères cohéritiers ne veulent profiter, et comme dit une loi romaine, *repentini casûs iniquitas per conjectu-*

ram pietatis emendanda est. C'est une convention licite, ordinaire, libérale et gratuite, non mercenaire, ni faite *aliquo dato,* entre les héritiers associés par le lien du sang, et non entre des étrangers, qui se fait pour la conservation des familles. Bref, c'est *pietatis munere fungi,* par la raison élégante d'une autre loi, conçue en ces termes : *Pietatis fungeris munere qui fratris tui filios, ut necessitudo sanguinis suadet, protegere conaris....*

» On ajoutait que le frère survivant n'était pas recevable de débattre telle convention, ni venir contre son fait, eu égard même à l'incertitude de l'événement; au contraire, on disait que telle convention était nulle et contre les bonnes mœurs, comme généralement toutes pactions faites *super hereditate viventis;* et comme telle, n'était aucunement obligatoire, ayant été faite au descendant du défunt, qui était seul capable de faire et accorder le rappel.

» Cette question s'étant présentée en l'audience le mardi de relevée, 29 décembre 1556, fut appointée au conseil.

» Et depuis une semblable paction et convention a été déclarée nulle par arrêt donné en la grand'chambre, à huis clos, le mercredi 1er. juillet 1620, moi plaidant...

» J'estimerais néanmoins qu'une convention de rappel serait valable, quoique faite sans le consentement de celui de la succession future duquel il s'agit, quand il est en démence soit par un vice naturel ou par accident, qu'il est incapable de prêter aucun consentement, et étant privé de l'usage de la raison et du jugement qui est le flambeau qui éclaire la vie; il est tenu pour mort à l'égard des actes de la société civile : et il est vrai de dire que la convention assure sa vie naturelle, du moins lève et ôte toute sorte de soupçon sinistre, et entretient ses enfans ou autres héritiers présomptifs en paix et en amitié ».

L'opinion que propose ici Brodeau, est déjà assez hardie, puisqu'elle n'est appuyée sur aucune loi; on a cependant voulu aller encore plus loin dans notre jurisprudence. Un arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'avril 1577, rapporté par Maynard, et un autre du parlement de Paris, du 14 février 1586, rapporté par Charondas, ont jugé qu'un père n'avait pas pu révoquer son consentement au partage que ses enfans avaient fait entre eux de sa succession par de simples actes.

Mais ces décisions n'ont point fait jurisprudence; et l'on tient encore aujourd'hui, comme auparavant, que ceux à qui il est question de succéder, peuvent anéantir, par leur seul changement de volonté, les partages prématurés que leurs héritiers présomptifs ont faits entre eux, quoiqu'ils y aient consenti formellement.

Du reste, on a déjà observé dans le §. 1, que de tels partages, quoiqu'ils n'aient point été rétractés par le défunt, ne font point des héritiers qu'on puisse appeler proprement contractuels.

Mais c'est une question de savoir si des partages de cette nature doivent encore produire le même effet que dans le droit romain, lorsqu'ils ne sont revêtus, ni des formes des donations entre-vifs, ni de celles des testamens. L'art. 3 de l'ordonnance de 1731 paraît, au premier abord, mettre la négative hors de doute : mais en examinant cette opinion de plus près, on la trouve dénuée de fondement. Lorsque deux co-héritiers présomptifs traitent entre eux de la succession d'un homme vivant qui déclare approuver leurs arrangemens, celui-ci ne dispose pas, il ne fait que lever l'obstacle qui aurait empêché l'effet des conventions de ses héritiers; et comme le consentement à une vente n'est pas soumis aux mêmes règles que la vente elle-même (*aliud est vendere, aliud vendenti consentire,* dit la loi 160, D. *de regulis juris*), on ne doit pas non plus exiger dans la simple approbation d'un partage anticipé, les mêmes formalités que dans une disposition proprement dite.

[[Aujourd'hui, « on ne peut faire aucune » stipulation sur une succession non ouverte, » même avec le consentement de celui de la » succession duquel il s'agit ». *Code civil,* art. 1130.]]

VII. Benedicty, sur le chap. *Raynutius,* aux mots *duas habens filias*, nº. 200, prétend que les Institutions contractuelles sont encore valables, lorsqu'elles sont faites réciproquement entre deux frères, de quelque nature et de quelque forme que soient les actes dont ils se servent pour les stipuler. Le même auteur rappelle, aux nombres suivans, plusieurs autres cas où il regarde ces conventions comme obligatoires. Mais nous pensons avec Furgole, sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1731, que, hors des lieux où, comme dans ceux dont il sera parlé aux mots *Succession future*, la coutume ou l'usage autorise les Institutions contractuelles faites par d'autres actes que ceux dont on vient de parler, on ne peut pas les considérer comme valables et efficaces.

§. IV. *Qui sont ceux qui peuvent instituer et être institués contractuellement ?*

I. En général tous ceux qui peuvent disposer de leurs biens, peuvent faire des Institutions contractuelles.

Ce principe est très-clair; mais lorsqu'on descend au détail, on y trouve beaucoup de difficultés.

II. Les lois romaines et la plupart de nos coutumes permettent de tester à un âge au-dessous de celui auquel est fixé le pouvoir de disposer entre-vifs; suffit-il, pour faire une Institution contractuelle, d'avoir atteint l'âge requis pour tester; ou faut-il qu'on soit parvenu à celui qui est réglé pour les dispositions entre-vifs?

Cette question se réduit, comme on le voit, à savoir si l'Institution contractuelle doit être regardée, dans le cas dont il s'agit, comme une donation à cause de mort, ou comme une donation entre-vifs. On a vu plus haut que, dans la thèse générale, elle n'est ni l'une ni l'autre; et que le premier pas à faire dans chaque cas particulier, doit être d'examiner si c'est par les règles des testamens ou par celles des conventions qu'il faut se déterminer.

Pourquoi la plupart des législateurs ont-ils permis de donner à cause de mort, à un âge au-dessous de celui qu'ils ont exigé pour pouvoir disposer entre-vifs? C'est parceque le mineur qui fait un testament, ne se dépouille de rien, et que par conséquent il ne peut résulter aucun inconvénient, à son égard, d'un acte de cette nature; au lieu qu'en disposant entre-vifs, il s'exproprierait réellement; ce qui entrainerait bientôt sa ruine, si on lui permettait de le faire avant qu'un certain âge l'eût rendu plus réservé.

En appliquant le principe de cette différence à l'Institution contractuelle, il semblerait d'abord qu'on dût permettre à un mineur de disposer par cette voie, dès qu'il a atteint l'âge requis pour faire un testament : en effet, comme on l'a remarqué plus haut, d'après Danty, « peut-on dire que l'instituant qui » n'assure à l'institué que le titre d'héritier, » lui donne un bien réel, présent et effectif? » Devient-il plus pauvre après avoir donné »? Non, pouvons-nous répondre : mais comme il se prive d'une des facultés les plus précieuses, celle de se choisir un héritier; comme il se lie les mains au profit de celui qu'il institue; en un mot, comme il s'impose une gêne qui peut, dans la suite, lui causer de grands préjudices, il paraît que nous devons lui appliquer, s'il est mineur, les motifs qui ont fait reculer l'âge des dispositions entre-vifs au delà de celui des donations à cause de mort.

Cette résolution ne souffre pas de difficulté par rapport à un mineur qui ferait une Institution contractuelle en faveur d'un mariage contracté par des tiers : [[et il ne peut y avoir de doute à cet égard que sur la question qui sera examinée dans un instant, de savoir si une pareille Institution pourrait encore être attaquée, soit par le mineur qui l'aurait faite, soit par ses héritiers, après un laps de dix ans depuis sa majorité]]; mais un mineur qui se marierait lui-même, ne pourrait-il pas instituer contractuellement, soit son époux, soit l'aîné de ses enfans à naître?

Il le pourrait incontestablement dans les coutumes qui mettent le mariage d'un mineur au nombre des causes pour lesquelles il peut aliéner sans formalités; telles sont, par exemple, les chartes générales de Hainaut qui défendent aux mineurs de disposer de leurs immeubles sans autorisation de justice, à moins que ce ne soit *pour fournir au contrat de leur mariage.* Ce sont les termes de l'art. 4 du chap. 94 de ces lois.

Dans les coutumes qui ne disent rien de semblable, on devrait, à la rigueur, annuler l'Institution contractuelle faite par un mineur au profit de son époux. La loi 61 §. 1, D. *de jure dotium,* ne permet pas aux filles mineures d'aliéner leurs immeubles sans décret de justice, quoiqu'elles veuillent en appliquer le prix aux dispositions de leur contrats de mariage. C'est d'après cette loi que l'ancienne jurisprudence française annullait absolument les clauses d'ameublissemens insérées dans les contrats de mariage des mineurs, lorsqu'elles n'étaient pas autorisée par avis de parens homologué en justice ainsi l'avaient jugé trois arrêts de 1535, 158 et 1594, rapportés par Duluc, Chopin e Bacquet.

Mais, comme dans la suite on a établi que les clauses d'ameublissement devaient, au lieu d'être déclarées nulles, être seulemen réduites à proportion de la fortune des mineurs et de celle de leurs époux, quoiqu'elle ne fussent autorisées ni par avis de parens n par décret de justice, il paraît qu'on ne doi pas non plus annuler entièrement une Institution contractuelle faite dans les même circonstances, et qu'il faut se borner à e faire une réduction équitable, c'est-à-dire proportionnée aux avantages accordés o promis au mineur par son époux.

On doit dire la même chose d'une Insti

tution contractuelle faite par un mineur au profit de l'aîné de ses enfans à naître. S'il paraît par le contrat ou par des circonstances particulières, qu'elle a été l'une des conditions du mariage, comme si l'autre époux avait exigé, eu égard à sa naissance ou à sa fortune, d'avoir un aîné dans sa famille, on ne doit pas balancer à confirmer cette Institution, pourvu d'ailleurs que la gêne qui en résulte, soit compensée par des avantages suffisans.

[[Aujourd'hui, « le mineur habile à contracter mariage, est habile à consentir » toutes les conventions dont ce contrat est » susceptible; et les conventions et donations » qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il » y ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire » pour la validité du mariage ». Ce sont les termes de l'art. 1398 du Code civil.

Et de là il suit évidemment qu'un mineur peut, avec l'assistance des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour se marier, faire une Institution contractuelle au profit de son époux.

Mais il résulte de l'art. 1389 du même Code, que ni le mari ni la femme ne peuvent, par leur contrat de mariage, changer, par rapport à leurs enfans, l'ordre légal des successions, ni par conséquent instituer contractuellement, soit l'aîné, soit l'un des puînés de leurs enfans à naître, au préjudice des autres.

A l'égard de l'Institution contractuelle qu'un mineur ferait aujourd'hui en faveur d'un autre mariage que le sien, elle serait certainement nulle sous le Code civil, comme elle l'eût été dans l'ancienne jurisprudence. L'art. 904 permet bien au mineur parvenu à l'âge de 16 ans, de disposer par testament de la moitié des biens dont il aurait la pleine disponibilité s'il était majeur, mais il déclare en même temps que ce n'est *que par testament* que le mineur peut ainsi disposer; et il est évident que ces termes sont exclusifs de l'Institution contractuelle.

Mais la nullité d'une pareille Institution serait-elle couverte par le silence que le mineur par qui elle aurait été faite, aurait gardé pendant les dix ans qui auraient suivi sa majorité? En d'autres termes, pourrait-on appliquer à une pareille Institution l'art. 1304 du Code civil, suivant lequel, dans tous les cas où *l'action en nullité* ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action ne dure que dix ans à compter du jour de la majorité relativement aux actes faits par les mineurs?

L'affirmative ne serait pas douteuse, s'il en était à cet égard d'une Institution contractuelle faite par un mineur sous le Code civil, comme d'une Institution contractuelle faite par un mineur sous l'ancienne jurisprudence, et que l'instituant n'aurait pas attaquée avant le Code civil, dans les dix ans de sa majorité; car voici ce qui a été récemment jugé et très-bien jugé selon nous par rapport à celle-ci.

Le 20 mai 1764, Jean-Baptiste Michelet, mineur, intervient au contrat de mariage de François Michelet, son frère, et l'institue son héritier dans tous les biens qu'il laissera à sa mort.

Il meurt le 5 mai 1807, sans avoir attaqué cette Institution.

Marie Michelet, sa sœur, demande que cette Institution soit déclarée nulle, et que, sans y avoir égard, la succession soit partagée également entre elle, son frère François institué, et les autres héritiers naturels.

François Michelet répond que l'action en nullité de cette Institution est prescrite par le silence que l'instituant a gardé pendant plus de quarante ans depuis le contrat de mariage de 1764; et il invoque à ce sujet l'art. 134 de l'ordonnance de 1539 portant « qu'après l'âge de 35 ans parfaits et accomplis, ne se pourra, pour le regard du privilége en faveur de minorité, déduire ni » poursuivre la cassation du contrat, *en demandant ou en défendant*, par lettres de » relièvement ou restitution *ou autrement*, » soit *par voie de nullité* pour *aliénation* de » biens immeubles faite *sans décret ni autorité de justice*, lésion, déception ou circonvention; sinon, ainsi qu'en semblables contrats, serait permis aux majeurs d'en faire » poursuite par relièvement ou autre voie » permise de droit ».

Le 26 août 1808, jugement du tribunal de première instance de Guéret, et sur l'appel, arrêt de la cour de Limoges, du 4 août 1812, qui déclarent Marie Michelet non-recevable,

« Attendu que l'art. 294 de la coutume de la Marche autorise tous pactes, avantages, donations entre-vifs ou à cause de mort, convenances de succéder, Institutions d'héritiers et autres dispositions quelconques faites en contrat de mariage *par personnes capables de contracter;*

» Que toute la difficulté de la cause se réduit ainsi à ces mots *par personnes capables de contracter;*

» Que le mineur n'est pas dépourvu de la faculté de contracter; qu'il est seulement incapable de faire une donation, mais non les autres actes, tels que les Institutions contractuelles;

» Que les commentateurs des coutumes de la Marche, de Bourbonnais et d'Auvergne tiennent pour certain que des mineurs peuvent se donner par contrat de mariage;

» Qu'ainsi, l'Institution contractuelle, faite par un mineur, n'était pas nulle, mais seulement sujette à rescision pour cause de lésion;

» Et enfin, que cette action a été prescrite conformément à l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, dès lors que l'instituant n'a pas attaqué l'Institution par lui faite dans les dix ans qui ont suivi sa majorité ».

Marie Michelet se pourvoit en cassation, en se prévalant de l'art. 294 de la coutume de la Marche qu'elle prétend avoir été violé, et de l'art. 134 de l'ordonnance de 1539 dont elle soutient qu'il a été fait une fausse application.

L'art. 294 de la coutume, dit-elle, est ainsi conçu : « Age parfait quant à quitter, par la » fille qui se marie, en contrat de mariage, » les biens jà à elle advenus, se prend à qua» torze; et quant aux fils à dix-huit ans, » quand le père, par délibération de trois » de ses parens, les marie hors de sa maison : » *mais quant à autres contrats d'aliénation* » *de biens immeubles*, A CE QUE LES CONTRATS » SORTENT EFFET, *âge parfait s'entendra do*» *rénavant et par délibération des états, à* » *vingt-cinq ans* ».

Ce texte, continue-t-elle, explique parfaitement ce que l'on doit entendre, dans l'art. 296 de la même coutume, par les mots *personnes capables de contracter* : il en résulte évidemment que les mineurs ne sont capables de contracter, relativement à leurs immeubles, qu'en faveur de leur propre mariage; que par conséquent ils en sont incapables, lorsqu'il s'agit du mariage d'autrui.

L'Institution contractuelle faite par le mineur Jean-Baptiste Michelet, était donc frappée, dès son principe, d'une nullité radicale et absolue. Dès lors, toute action pour la faire déclarer nulle, était superflue; et de là il suit nécessairement que l'art. 134 de l'ordonnance de 1539 est inapplicable à l'espèce. Il y est inapplicable, parcequ'il ne se rapporte qu'aux contrats à titre onéreux, qu'aux actes susceptibles de lésion, et qu'il est étranger aux dispositions à titre gratuit. Il y est encore inapplicable, parce qu'il ne frappe pas sur les actes nuls de plein droit. Il y est inapplicable enfin, parceque la prescription du droit qu'avait Jean-Baptiste Michelet de faire annuler l'Institution contractuelle dont il s'agit, n'a pas pu courir tant que ce droit n'a pas été acquis d'une manière irrévocable par le décès de Jean-Baptiste Michelet lui-même, et surtout tant que Jean-Baptiste Michelet est resté possesseur des biens compris dans cette Institution, étant de principe que nulle prescription ne peut courir contre celui qui possède et au profit de celui qui ne possède pas.

Tels étaient en substance les moyens de cassation de Marie Michelet, et il est aisé de sentir qu'ils n'ont pas dû être accueillis.

D'une part, en effet, l'art. 296 de la coutume de la Marche n'exigeait pas, pour la validité d'une Institution contractuelle, que celui qui la faisait eût atteint l'âge requis pour pouvoir aliéner *avec effet* ses biens immobiliers, mais seulement qu'il fût *capable de contracter*. Or, Jean-Baptiste Michelet était-il capable de contracter en 1764? L'affirmative paraît n'avoir pas même été mise en question; et dans le fait, il était hors de tutelle, par conséquent *sui juris*, et par conséquent encore capable de s'obliger personnellement, sauf la restitution en entier pour cause de lésion. Il est, dès lors, évident que l'Institution contractuelle qu'il avait faite en 1764, quoique susceptible d'être rescindée, n'était cependant pas nulle *ipso facto*, et qu'il fallait, pour la priver de ses effets, que le juge interposât son autorité.

D'un autre côté, l'art. 34 de l'ordonnance de 1539 limitait à l'espace de dix ans après la majorité, non-seulement la faculté de faire prononcer *la rescision*, mais encore celle de faire prononcer *la nullité* des actes faits par les mineurs; et il voulait qu'après les dix ans, il n'y eût plus lieu à exercer cette faculté, non-seulement *en demandant*, mais encore *en défendant*; c'est-à-dire qu'il faisait courir la prescription de cette faculté, même contre le possesseur, et au profit de la partie qui ne possédait pas.

Aussi le recours en cassation de Marie Michelet a-t-il été rejeté par la section des requêtes, le 30 novembre 1814,

« Attendu que, sous l'empire du statut local qui place les Institutions d'héritier faites et passées en contrat de mariage au nombre des actes loisibles à toutes personnes capables de contracter, la cour de Limoges n'a pu violer ce statut en déterminant qu'une Institution contractuelle passée par un mineur était un acte résoluble et non nul *ipso facto*

puisque les mineurs sont capables de contracter sous condition de restitution, en cas de lésion prouvée dans les délais de la loi;

» Attendu que l'Institution dont il s'agit, ayant pu, d'après la teneur du statut local et les opinions admises dans son interprétation, ou celle des statuts voisins et semblables, être rangée au nombre des contrats, l'art. 134 de l'ordonnance de 1539 recevait son application à l'espèce qui offre un silence de plus de quarante ans depuis le contrat par lui passé en minorité; et qu'ainsi, la fin de non-recevoir adoptée par la cour de Limoges dans l'espèce, n'a point donné lieu au reproche de fausse application de l'article cité ».

Aurait-on pu juger de même s'il se fût agi d'une Institution contractuelle faite sous le Code civil? Non, et pourquoi? Parceque l'art. 1304 de ce Code, bien différent de l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, ne limite à dix ans après la majorité, que *l'action* en nullité ou en rescision des actes faits en minorité, et que par conséquent il ne déroge plus, au préjudice des ci-devant mineurs, à la règle générale *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.* C'est ce qui sera plus particulièrement expliqué et développé à l'article *Prescription*, sect. 2, §. 25.]]

III. Un étranger non naturalisé, qui peut, comme tel, donner entre-vifs, mais non à cause de mort, peut-il instituer contractuellement?

Bacquet tient qu'il le peut, sur le fondement qu'une Institution contractuelle est une véritable donation entre-vifs, dont l'effet est seulement remis au temps de la mort de l'instituant; il cite même trois sentences de la chambre du trésor, qu'il dit l'avoir ainsi jugé, et dont l'une fut confirmée par arrêt du parlement de Paris.

Laurière pense différemment. Comme on a prouvé, dit-il, que les Institutions contractuelles sont des dispositions à cause de mort, quoiqu'irrévocables, il n'est pas dans les règles que les aubains puissent transmettre ainsi leurs biens à qui leur plaît, au préjudice du roi. Les trois jugemens cités par Bacquet n'établissaient rien moins qu'une jurisprudence contraire; car dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, les instituans étaient naturalisés.

Cette opinion nous paraît conforme aux vrais principes de la matière. Une Institution contractuelle est, à l'irrévocabilité près et tout ce qui en découle, une véritable disposition à cause de mort: on doit donc la considérer comme telle relativement à tous les objets sur lesquels sa qualité d'irrévocable n'a aucune influence: or, telle est précisément l'espèce dont il s'agit ici. Un aubain ne peut point avoir d'héritier (puisque cet avantage dépend du droit civil auquel il ne participe pas); il ne peut donc point s'en procurer un par une Institution contractuelle, à moins qu'on ne dise que l'irrévocabilité des actes de cette nature le rend capable des effets civils; ce qu'on n'admettra certainement nulle part.

On objecte que les aubains peuvent donner par contrat de mariage tous leurs biens présens et à venir, ce qui est, ajoute-t-on, la même chose que d'instituer contractuellement.

Mais d'abord le principe sur lequel repose cette objection n'est rien moins que certain: il est au contraire très-probable qu'une pareille donation serait déclarée frauduleuse.

En second lieu, il y a une grande différence entre une donation de biens présens ou à venir, et une Institution contractuelle. La première [[considérée en elle-même et abstractivement aux dispositions de l'ordonnance de 1731 et du Code civil]], a tous les caractères d'un acte entre-vifs, puisque, comme l'établit Vaudus, *lib.* 1, *quæst.*, *cap.* 31, *n°.* 11, le donataire a une action pour se faire faire la tradition, non-seulement *des biens présens*, mais encore *des biens à venir*, au fur et à mesure que le donateur les acquiert. Ainsi, quand un aubain pourrait donner tous ses biens présens et à venir, ce ne serait pas une raison pour qu'il pût instituer contractuellement, puisque l'Institution contractuelle est, par sa nature, une disposition à cause de mort.

Il y aurait plus de justesse à comparer la donation des biens qu'on aura au jour de son décès avec une Institution contractuelle; mais il est constant que les aubains sont incapables de faire de pareilles donations, parceque ceux qui les font, conservant toute la vie le pouvoir de vendre et d'engager leurs biens, on peut dire qu'ils se préfèrent aux donataires, et les donataires à leurs héritiers; ce qui distingue essentiellement les donations à cause de mort des donations entre-vifs.

[[Quelle est, à cet égard, notre législation actuelle? *V.* les articles *Gains nuptiaux*, §. 11, et *Héritier*, sect. 6.]]

IV. Un serf ou main-mortable peut-il instituer contractuellement au préjudice de son seigneur?

Il ne le pourrait certainement pas en Hainaut, puisque les chartes générales de cette province lui défendent jusqu'aux aliénations

à titre particulier. Les art. 14 et 17 du chap. 128 de ces lois y sont très-formels.

Mais que doit-on décider par rapport aux coutumes qui, en accordant aux serfs la faculté de disposer de leurs biens par actes entre-vifs, les déclarent en même temps habiles à succéder les uns aux autres tant qu'ils sont en communion?

Sur cette question importante pour plusieurs provinces, nous nous tairons pour laisser parler M. Bouhier : dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne.*

« Coquille tient que l'homme serf ne peut faire une pareille Institution, à moins que l'héritier institué ne soit de qualité à lui pouvoir succéder. Sa raison en est qu'encore qu'un tel acte semble être une disposition entre-vifs, parcequ'il est irrévocable, et que c'est une convention, c'est néanmoins vraiment une disposition de dernière volonté, puisque l'effet en est remis après la mort de l'instituant, et qu'il n'est point transmissible à d'autres, comme serait l'effet de tout autre contrat : d'où il conclud qu'il est à présumer que c'est une disposition faite en fraude du seigneur. Tel est aussi l'avis de Laurière.

» Pour en dire mon sentiment, je crois déjà qu'une telle Institution faite au profit d'un autre main-mortable, même proche parent, mais qui ne serait point en communion de biens avec l'instituant au temps du contrat, ne peut rien valoir sans le consentement du seigneur. Car encore que cet acte, à cause de l'irrévocabilité, tienne de la nature des donations entre-vifs, c'est plutôt par une espèce d'abus introduit par le droit français contre la règle des Institutions d'héritier, que par la nature de cet acte. Ainsi, on peut dire, avec Ricard, que c'est *un acte qui regarde la mort :* et quand il faudrait dire, comme Lebrun, que c'est *une donation entre-vifs, qui se termine à une succession, et une donation du titre d'héritier,* ce serait toujours la même chose par rapport à notre question.

» Que si l'Institution est faite au profit de parens qui seraient successibles *ab intestat,* sa validité dépend de la manière de décider la question dont j'ai parlé ci-dessus, par rapport à la validité des dispositions de dernière volonté de main-mortable entre leurs successibles, sans l'agrément du seigneur. Car je tiens, avec Coquille, Laurière et plusieurs autres, que ces sortes d'actes sont de véritables dispositions à cause de mort.

» Ainsi, en suivant le parti que j'ai pris sur ces sortes des dispositions, au cas dont il s'agit, il faudra dire que les Institutions contractuelles faites à des parens qui *ab intestat* auraient succédé, doivent être autorisées, puisqu'elles ne blessent en aucune manière les intérêts du seigneur, qui n'aurait rien à prétendre dans la succession de l'instituant, quand même ce dernier n'aurait fait aucune disposition.

» Mais j'y apporterais la limitation proposée par l'auteur du dernier *Traité de la main-morte,* savoir, que cela n'aurait lieu qu'en cas que l'héritier institué se trouvât, au temps du décès de l'instituant, en communion de biens avec lui : car c'est une condition sans laquelle il n'est plus successible, suivant l'art. 99 de notre coutume ».

Taisand rapporte un arrêt du parlement de Dijon, qui a confirmé cette doctrine, en annulant une Institution contractuelle faite par une mère serve en faveur de son fils non commun avec elle.

La coutume d'Auvergne en dispose de même : *Mais ne peut,* dit-elle, tit. 27, art. 5, *tel conditionné, par testament, contrat de mariage, association, n'autre quelconque, faire héritier ou couvention de succéder, au préjudice dudit seigneur direct ayant ledit droit de condition.*

[[Cette question est devenue sans objet, par l'abolition de la main-morte, décrétée par l'assemblée constituante, le 4 août 1789. *V.* l'article *Main-morte,* n°. 3.]]

V. Un bâtard peut-il instituer contractuellement?

Il le peut sans difficulté dans les coutumes qui lui permettent de tester : mais, dans le petit nombre de celles qui lui interdisent indéfiniment les actes de dernière volonté, on doit répondre qu'il ne le peut pas. Ce qu'on a dit sur les deux questions précédentes, suffit pour établir cette proposition.

[[Aujourd'hui, les bâtards sont, dans toute la France, habiles à tester. *V.* l'art. 902 du Code civil.]]

VI. Un fils de famille, dans les pays de droit écrit où le mariage n'émancipe point, peut-il, en se mariant, instituer héritiers les enfans qui naîtront de son mariage?

Duperrier dit avoir vu agiter cette question au sujet d'un contrat de mariage passé dans le Béarn, et qui donna lieu à un procès évoqué au parlement de Paris. L'auteur paraît ignorer quelle fut la décision de cette affaire; mais il se détermine lui-même pour la validité de l'Institution contractuelle.

La difficulté de cette question vient de ce que le droit romain déclare les enfans de fa-

mille capables de donner entre-vifs, et inhabiles à tester.

Si l'on s'attachait à la rigueur des principes qu'on vient d'exposer en parlant des aubains, des serfs et des bâtards, il ne paraît pas douteux que l'Institution ne fût nulle. Les dispositions de cette nature forment des héritiers, et il est décidé par le droit écrit, qu'un fils de famille ne peut pas s'en choisir un; c'est là le motif de son incapacité de faire un testament.

Cependant nous croyons qu'on doit confirmer l'Institution contractuelle dont il s'agit; l'équité le demande, et le principe que toutes sortes de conventions sont valables dans les contrats de mariage, lorsqu'elles ne blessent ni les lois ni les mœurs, semble nécessiter cette confirmation. Ce que nous avons dit des serfs, des aubains et des bâtards, ne doit point nous arrêter: on doit suivre à leur égard la rigueur des principes, parceque les dispositions qu'ils font de leurs biens, diminuent ou anéantissent les droits auxquels ils sont soumis envers le roi ou les seigneurs; au lieu qu'un fils de famille ne préjudicie à personne, en instituant contractuellement les enfans qu'il espère de son mariage.

Une chose certaine est que ces sortes d'institutions ne doivent souffrir aucune difficulté au parlement de Toulouse: si cette cour a mis en principe que les fils de famille peuvent tester entre leurs enfans, comme l'assurent Maynard, Duranty, Catellan, Duval, Cambolas, Ricard et Furgole, à plus forte raison doit-elle les autoriser à instituer ces mêmes enfans par leurs contrats de mariage.

[[Cette question n'a plus d'objet, parceque le mariage émancipe aujourd'hui dans toute la France. *V.* l'article *Émancipation.*

Du reste, on ne peut plus, en se mariant, instituer contractuellement ses enfans à naître. *V.* ci-dessus, n°. 3; et ci-après, §. 5.]]

VII. On a vu plus haut que, dans l'origine des Institutions contractuelles, les nobles étaient les seuls qui fussent habiles à les faire et à en profiter. Le parlement de Bordeaux le jugeait encore ainsi par un arrêt du mois de juin 1592, qui est rapporté dans les conférences d'Automne, sur la loi 15, C. *de pactis.* Mais nous l'avons déjà dit, cette restriction est généralement tombée en désuétude; et aujourd'hui les roturiers sont aussi capables que les nobles d'instituer et d'être institués contractuellement.

[[Il n'y a plus, ni nobles proprement dits, ni roturiers; car la noblesse n'est plus qu'un titre honorifique; elle ne contient plus aucun privilége; et la loi, en tout ce qui tient au droit civil, ne connaît plus que des citoyens français. *V.* l'article *Noblesse.*]]

VIII. Dans la thèse générale, tous ceux qui sont capables de recevoir des dispositions universelles, le sont aussi d'être institués contractuellement; et réciproquement on ne peut instituer contractuellement que ceux qui sont capables de recevoir des dispositions universelles.

Denisart rapporte cependant un arrêt du parlement de Dijon du 23 février 1717, qui juge valable une Institution contractuelle faite par un prêtre au profit de son enfant bâtard: mais cette décision est fondée sur des dispositions particulières de la coutume de Bourgogne, qu'on ne peut étendre à cet égard hors de son territoire.

Cette observation s'applique aussi à l'art. 219 de la coutume de Bourbonnais, qui permet les Institutions contractuelles en faveur des bâtards.

[[Aujourd'hui, un père peut, en mariant un enfant naturel qu'il a reconnu légalement, lui assurer par son contrat de mariage la part qu'il doit avoir dans la succession; mais il ne peut ni lui promettre plus, ni lui conférer le titre d'héritier. *V.* le Code civil, art. 756 et 908.]]

§. V. *Dans quelle position doivent être les personnes habiles à être instituées contractuellement, pour pouvoir l'être avec effet?*

I. Nous avons vu qu'on peut instituer contractuellement par contrat de mariage, par acte de société universelle, par partage de succession échue, et par consentement au partage anticipé d'une succession non encore ouverte.

Il est clair, d'après ce que nous avons dit dans le §. 3, qu'on ne peut être institué de l'une des trois dernières façons, si l'on n'est, ou associé universel, ou co-partageant, ou héritier présomptif de l'instituant.

II. A l'égard des Institutions par contrat de mariage, les futurs époux et leurs enfans à naître sont les seuls qu'elles puissent comprendre.

Par ces mots, les *futurs époux*, nous entendons aussi bien l'un d'eux séparément que les deux ensemble; car l'instituant est libre de borner sa libéralité au mari ou à la femme, ou de la rendre commune à l'un et à l'autre.

Les époux peuvent aussi s'instituer par contrat de mariage; et cette Institution n'est pas seulement valable, lorsqu'ils font une convention réciproque de se succéder en cas de survie; elle l'est encore lorsque la convention

n'est faite qu'en faveur d'un seul des époux.

Il y a cependant quelques auteurs qui refusent aux époux le droit de s'instituer par contrat de mariage : c'est ce que semble insinuer Dumoulin sur le conseil 225 de Décius, où il dit que les époux ne peuvent instituer que leurs enfans à naître : *Illa consuetudo debet manere in terminis suis, videlicet quandò talis pactio fit in contractu matrimonii et in favorem descendentis ab eo de cujus hereditate agitur duntaxat.*

Cancerius va même jusqu'à dire que l'usage des Institutions contractuelles est tellement restreint à l'avantage des descendans du mariage à l'occasion duquel elles sont faites, que l'Institution stipulée au profit de celui qui se marie, n'est pas irrévocable, parceque, n'étant pas chargé de rendre les biens à ses enfans, il peut les dissiper à leur préjudice; et qu'ainsi, il est plus utile pour eux que l'instituant puisse révoquer cette Institution; tant il est vrai, ajoute l'auteur, que cette espèce de disposition n'a été introduite qu'en faveur des enfans à naître du mariage.

Fernand est du même avis.

Mais ni cette doctrine, ni celle de Dumoulin, n'ont été admises dans notre jurisprudence : nous tenons pour constant que les époux peuvent être institués *contractuellement*, dans toute la force et l'étendue de ce terme.

III. Quant aux enfans à naître, il est indubitable, d'après ce qu'on vient de voir, que l'Institution faite en leur faveur dans le contrat de mariage de leur père et de leur mère, est aussi valable que s'ils étaient déjà nés.

Mais ne faut-il pas excepter de cette règle l'Institution que ferait, en faveur de ses enfans à naître d'un second lit, un père qui se remarierait en secondes noces, ayant déjà des enfans d'un premier mariage?

Cette question, comme on le voit, consiste à savoir si le premier chef de l'édit de François II, du mois de juillet 1560, comprend les enfans à naître du second lit, au nombre des personnes à qui il défend de donner au delà de la part du moins prenant d'entre les enfans des premières noces.

On convient généralement que les enfans déjà nés, quoique d'un second lit, ne sont pas compris dans cette prohibition, à moins qu'il ne se rencontre quelque circonstance particulière qui fasse présumer de la fraude, mais on doute s'il en doit être de même par rapport aux enfans à naître.

Le point d'où il faut partir, est que l'édit de 1560 défend aux veufs avec enfans, qui se remarient, de donner au delà de la part du moins prenant à toutes les personnes qu'on peut soupçonner interposées par fraude, pour cacher les avantages qu'ils voudraient faire à leurs nouveaux époux. Reste donc à savoir si une donation faite à des enfans non encore nés, doit être regardée comme faite à leur père futur, lorsque c'est la femme qui donne; ou à leur mère, lorsque c'est le mari qui est donateur. C'est d'après la manière de voir de chacun des auteurs qui ont traité la question, que ceux-ci se sont déterminés pour une opinion, et ceux-là pour une autre.

La nullité de la donation ou de l'Institution, dans le cas dont il s'agit, a été soutenue par Paul de Castres, dans son conseil 173; par Dumoulin, sur le conseil 248 de Décius; et par Ricard, *Traité des Donations*, part. 3, nº. 1246.

On cite, à l'appui de cet avis, plusieurs arrêts célèbres du parlement de Paris.

Le premier, prononcé en robes rouges, le 27 décembre 1588, et rapporté par Montholon, a cassé une donation que Pierre Nourrigier, veuf avec enfans, avait faite de tous ses meubles et des acquêts qu'il ferait pendant son second mariage, aux enfans qui en naîtraient.

Le second arrêt, du 3 août 1647, rendu par la première chambre des enquêtes, les autres consultées, est aussi dans l'espèce d'une donation faite aux enfans à naître, qui a été déclarée nulle. Il est rapporté par Brodeau, lettre N, §. 3.

Le troisième arrêt a été rendu à la grand' chambre le 27 mars 1657. Voici le fait qui y a donné lieu.

Charles Rouvot ayant perdu le seul fils qu'il avait eu de son premier mariage, et qui n'avait laissé qu'une fille, résolut de se remarier pour avoir des héritiers de son nom; et comme sa petite-fille, qui représentait l'aîné mâle, avait de grands avantages dans la coutume à laquelle ses biens étaient soumis, il chercha à assurer le sort des enfans mâles qui naîtraient de son second mariage. C'est dans cette vue qu'il leur donna, par le contrat, tous ses acquêts et conquêts, par préciput et sans rapport, pour être partagés entre eux, à raison des deux tiers pour l'aîné, et du tiers pour les puînés. cette donation fut contestée par la petite-fille qui représentait le mâle du premier lit. Des arbitres la confirmèrent; mais leur sentence fut infirmée par l'arrêt cité, qui ordonna que le partage de la succession se ferait conformément à la coutume.

Il y a un quatrième arrêt qui a jugé la même chose à la grand'chambre, le 7 septembre 1673 : en voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée au Journal du palais.

François Estourneau de Tersanes avait un fils et trois filles d'un premier mariage, lorsqu'il se remaria avec Anne de Rabenes. Par le contrat de ce second mariage, il disposa en ces termes, au profit des enfans qui devaient en naître : *en faveur dudit mariage, qui autrement n'eût été fait, les futurs conjoints donnent aux enfans qui naîtront de leur mariage....., sous les réserves néanmoins de l'usufruit des futurs conjoints ou de l'un d'eux.*

De ce second mariage sont nées deux filles.

Après le décès du père, il s'est élevé des contestations entre les enfans des deux lits; ceux du premier, soutenant qu'il n'avait pas pu donner à leur préjudice; ceux du second au contraire prétendant que la donation faite en leur faveur, était valable.

Par sentence des juges de Dorat, la donation est confirmée.

Sur l'appel, les parties consentent d'en passer par l'avis de cinq anciens avocats, qui cassent la donation.

Les enfans du second lit appellent de cette sentence, et les autres de celle de Dorat.

L'affaire portée à la grand'chambre, et distribuée à M. Godard, arrêt du 7 septembre 1673, qui confirme le jugement arbitral.

Les motifs de cette décision nous sont retracés dans le Journal du palais.

« On a toujours considéré (disent les rédacteurs de ce recueil) l'édit des secondes noces, comme une digue opposée à la profusion inofficieuse de ceux qui se remarient; mais le public ne jouira jamais de cette salutaire disposition, si les donations (et Institutions) faites par contrats de mariage aux enfans qui en doivent naître, sont valables.

» La raison en est évidente. Une seconde femme qui ne peut demander des avantages pour elle, les stipulera pour ses enfans à naître, et la profusion en sera d'autant plus grande, que le prétexte en sera plus spécieux et plus honnête; car cette femme a autant de joie d'assurer le bien de son mari à ses enfans à naître, que si elle le devait posséder elle-même, puisque, s'ils lui succèdent, elle leur laisse ce qu'elle n'avait voulu avoir que pour eux, et que si elle leur survit, elle trouve ordinairement dans leur garde noble, dans une longue tutelle, ou dans leur succession, le profit entier de ce qu'elle leur a procuré. Il faut donc conclure qu'on ne peut autoriser ces sortes de donations sans abolir l'édit des secondes noces, et sans faire renaître en même temps les désordres auxquels on a voulu remédier par sa disposition.

» Il y a plus. C'est un principe constant en droit, que la donation est censée faite à celui que le donateur a voulu obliger, et en vue duquel il a donné..... *Mens spectanda est dantis*, dit Sénèque, *beneficium ei dedit cui datum voluit; si in honorem patris dedit, pater accepisse videtur....* Au fait particulier, il est certain que la donation dont il s'agit est moins faite aux enfans qu'à leur mère; c'est le fruit de ses charmes et de ses caresses : la passion extrême que le sieur de Tersanes avait pour elle, elle a été colorée d'une affection apparente pour une postérité qu'il ne connaissait pas et qu'il ne pouvait aimer.

» Mais, pour mieux prouver cette vérité, quoiqu'elle se présume naturellement, trois circonstances sont remarquables :

» 1°. La donation est faite dans le contrat du second mariage. Ce mariage en a donc été le seul motif : à quoi il faut ajouter qu'il est dit que, sans cette donation, le mariage n'aurait point été fait. Aussi le sieur de Tersanes n'avait pas accoutumé d'en user ainsi, puisqu'il n'a rien donné par son premier contrat de mariage aux enfans qui en devaient naître.

» 2°. C'est une donation immense qui réduit ces enfans du premier lit à leur légitime coutumière. Cet excès ne peut venir que de son amour pour la seconde femme, laquelle avait mis à ce prix le mariage qu'il souhaitait.

» 3°. L'usufruit des choses données est réservé au survivant des époux; ainsi, c'était un gain assuré par un homme de cinquante-cinq années, à une femme âgée de 18 ans seulement.

» En cet état, n'est-ce pas faire fraude à la disposition de la loi? N'est-ce pas vouloir l'anéantir, etc. »?

Il faut convenir que ces trois circonstances réunies ont pu déterminer l'arrêt, indépendamment des moyens employés pour prouver qu'en général tout avantage fait aux enfans à naître d'un second mariage, est proscrit par l'édit des secondes noces. Ainsi, il ne paraît pas qu'on puisse citer cet arrêt à l'appui du sentiment de Dumoulin, de Ricard, etc.

Celui de 1588 a pareillement été rendu sur une circonstance particulière qui le tire de la thèse générale. Le donataire s'était désisté de la donation, et il était demandeur en entérinement de lettres de restitution contre ce désistement; c'est ce qui a donné lieu de

prononcer par fin de non-recevoir. Rousseaud de Lacombe ajoute même que, cet arrêt ayant été levé de son temps, on a trouvé qu'il s'agissait d'une donation faite, non à un enfant de secondes noces, mais à des collatéraux.

Celle du 3 août 1647 est également un arrêt de circonstance. Il s'agissait d'une mère qui avait donné la moitié de tous ses meubles, acquêts et propres, aux enfans à naître de son second mariage, avec la clause qu'en cas qu'elle n'en eût point, le profit de la donation passerait, à l'exclusion des enfans mâles de son premier lit, aux héritiers collatéraux de son second mari; cela parut une espèce de fureur et d'impiété de la part de cette femme.

Quant à l'arrêt du 27 mars 1657, il n'est pas d'un grand poids. On ne le trouve dans aucun auteur. Le Journal du palais, qui en fait mention, tome 1, page 453, ne le présente que comme extrait d'un mémoire; et l'on sait que les écritures de palais ne sont pas toujours les sources les plus fidèles où l'on puisse chercher des autorités. Ce qui prouve d'ailleurs qu'on doit suspecter cet arrêt, c'est qu'il a été rendu sur une espèce dans laquelle les partisans de Ricard conviennent eux-mêmes de la validité de la donation ou Institution. Voici comment s'explique Ricard lui-même : « Ce n'est pas qu'il ne se » puisse rencontrer, dans la donation, des » circonstances qui seraient capables de faire » connaître qu'elle partirait des justes mou- » vemens d'une mère convolant en secondes » noces, et capables de contribuer en con- » séquence à la confirmation de la donation » purement et simplement; comme si une » femme de qualité n'ayant que des filles de » son premier mariage, donne, en passant à » de secondes noces, au fils aîné qui en pro- » viendra, la moitié ou une autre partie de » ses biens, ainsi qu'on a coutume de prati- » quer dans plusieurs provinces du royaume. » Je n'estimerais pas en ce cas et autres sem- » blables, qu'on pût imputer la donation à » des principes étrangers et à la suggestion » du mari, d'autant qu'il s'y trouverait un » fondement raisonnable, qu'on doit présu- » mer avoir servi de motif à la femme, étant » de règle que les juges doivent travailler au- » tant qu'il est possible, et que la raison le » peut souffrir, à la confirmation des actes ».

On peut donc dire qu'aucun des arrêts que nous venons de rapporter, n'a jugé pour la négative la question de savoir si, toutes circonstances à part, on peut, lorsqu'on a des enfans d'un premier lit, instituer contractuellement ou avantager de quelque manière que ce soit, les enfans à naître d'un second mariage.

Voyons maintenant les autorités et les raisons qui appuient l'affirmative.

Cette opinion a pour défenseurs Fachinée, dans ses *Controverses*, liv. 3, chap. 66; Lebrun, *Traité des Successions*; Rousseaud de Lacombe, dans sa *Jurisprudence civile*; et elle a été confirmée par plusieurs arrêts du parlement de Paris.

Chopin, sur la coutume d'Anjou, en rapporte un du 7 septembre 1575, et Soëfve un du 19 juillet 1659. Ricard élève quelques doutes sur la véritable décision du premier; mais il convient que le second a jugé la question *in terminis* et avec grande connaissance de cause. En voici l'espèce.

M. de Lagrange, maître des comptes, avait été marié trois fois, et il lui était né deux filles, l'une du premier mariage, l'autre du troisième; le second n'avait point produit d'enfans. Par le contrat de son troisième mariage, il avait donné aux enfans qui en naîtraient, les seigneuries de Conflans, Neuville et Han, avec tous ses acquêts faits et à faire dans l'étendue de deux lieues autour de ces terres. Après sa mort, sa fille du premier lit attaqua la donation du premier chef de l'édit des secondes noces, et la fit déclarer nulle par les requêtes du palais. Sur l'appel, M. l'avocat général Talon conclud à la confirmation de la sentence; mais la cause ayant été appointée au conseil, il est intervenu arrêt qui a mis l'appellation et ce au néant, émendant, a ordonné que la donation dont il s'agissait, serait exécutée selon sa forme et teneur.

Deux arrêts plus modernes ont précisément jugé la même chose.

L'un, du 29 avril 1719, rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Le Meusnier, a déclaré valable une Institution contractuelle faite par Jean Chaussard, marchand à Felletin, dans le contrat de son second mariage, au profit des enfans à naître de ce lit. C'est Rousseaud de Lacombe qui nous a conservé cet arrêt, et l'Epine de Grainville nous apprend qu'il a été imprimé; ce qui annonce évidemment que la question y a été jugée purement et simplement.

L'autre arrêt, rapporté également par Rousseaud de Lacombe, est du 11 août 1740 : il a pareillement été rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Bochard de Sarron; et il a confirmé une donation faite par le sieur Villennes aux enfans à naître de son second mariage, de tout ce que la coutume du Maine

lui permettait de donner à ses enfans puînés. Il n'avait eu qu'un fils de son premier lit, et c'était ce fils qui attaquait la donation.

Voici les motifs de ces décisions.

Les enfans communs du second lit ne sont point compris dans la prohibition portée par l'édit des secondes nôces; un père qui se remarie, ne perd point la faculté qu'ont tous les pères de choisir entre leurs enfans celui qu'ils veulent préférer aux autres. Un enfant commun est un motif bien suffisant pour faire une disposition; l'affection qu'un père a pour lui, égale au moins celle qu'il a pour la mère; lorsqu'on dispose en faveur d'un fils, on ne peut pas être présumé avoir la mère en vue. Aussi n'a-t-on jamais douté que les enfans communs d'un second lit ne pussent être avantagés après leur naissance. Cela posé, pourquoi en déciderait-on autrement par rapport aux enfans à naître? Ne serait-ce pas douter des vœux et de la prévoyance d'un père? Ne serait-ce pas lui faire injure, que de le croire uniquement occupé des enfans qu'il a, et ne pensant point à ceux qu'il espère de la fécondité de son second mariage? Ne serait-ce pas faire de ce grand sacrement une action purement brutale? N'est-ce pas au contraire dans les seconds mariages que la prévoyance des pères doit augmenter? En effet, les secondes nôces sont presque toujours moins avantageuses que les premières. D'ailleurs, l'âge souvent avancé d'un père qui se remarie, peut le mettre hors d'état de pourvoir de son vivant les enfans qui en naissent; il ne saurait donc assurer trop tôt leur établissement.

Ces raisons suffisent sans doute pour prouver que le premier chef de l'édit des secondes nôces ne doit point être étendu, soit aux Institutions contractuelles, soit aux autres avantages que les pères et mères font, en se remariant, à leurs enfans à naître. Cela doit souffrir d'autant moins de difficulté, que les lois pénales ne reçoivent régulièrement aucune extension au delà de leurs termes précis.

On ne peut disconvenir cependant que ces sortes de libéralités ne doivent être déclarées nulles, lorsqu'il se rencontre des circonstances propres à faire croire qu'on n'a emprunté le nom des enfans à naître, que pour cacher une intention formelle d'avantager le second époux.

C'est ce qui arrive, suivant Lebrun, lorsque la donation aux enfans à naître doit profiter au mari, si elle est faite par la femme, et à la femme, si elle est faite par le mari; et cela par le moyen de la garde-noble, de la garde-bourgeoise, ou de tout autre usufruit, comme dans l'espèce de l'arrêt du 7 septembre 1673, rapporté ci-dessus.

Par la même raison, il faut dire, avec le même auteur, que, quand c'est la femme qui se remarie en pays de droit écrit, la donation est suspecte, parcequ'en donnant aux enfans de son futur mariage, elle donne à son second mari, à cause de la puissance paternelle.

Voici un autre cas où le soupçon de fraude a pareillement fait annuler une Institution contractuelle faite au profit d'enfans à naître d'un second lit.

Jean Lappara avait eu d'un premier mariage, plusieurs enfans. En 1697, il épousa en secondes nôces Marie-Gabrielle Lasvernghes; son contrat de mariage contenait cette clause: « Et par même faveur dudit » mariage, ledit sieur Lappara a promis » d'instituer, comme dès à présent il institue, » tel des enfans mâles qui naîtront du pré- » sent mariage, héritier de tous et un chacun » les biens dont il se trouvera saisi lors » de son décès, *ou tel qui sera jugé capa-* » *ble par lui, ou à son défaut, par ladite* » *future épouse;* préalablement déduit la » légitime de ses autres enfans, et autres » charges, s'il y en a ».

Jean Lappara mourut le 5 août 1731, et laissa trois enfans mâles de son second mariage. Comme il n'avait point choisi entre eux celui qui devait être son héritier universel, sa veuve usa de la faculté qui lui était accordée par le contrat de mariage; et par acte du 21 décembre 1733, elle nomma Antoine Lappara, un de ses trois enfans, héritier universel de Jean Lappara, père.

Les enfans du premier lit ne manquèrent pas de demander la nullité de l'Institution; les deux autres enfans mâles du second mariage ne la combattirent pas; ils avaient traité de leurs droits par des actes particuliers avec Antoine Lappara, leur frère germain.

La contestation portée au bailliage d'Aurillac, il y est intervenu sentence le 9 juillet 1734, qui, en déclarant nulle l'Institution contractuelle, a ordonné le partage égal entre tous les enfans tant du premier que du second lit.

Sur l'appel d'Antoine Lappara, l'affaire a été distribuée à M. Angran, conseiller à la quatrième chambre des enquêtes, et par arrêt du 18 mai 1736, la sentence a été confirmée.

L'Épine de Granville, qui a assisté à ce jugement, dit que les raisons apportées pour justifier les avantages faits aux enfans à naître

d'un second lit, ont été approuvées dans les opinions; et que, si l'option n'eût point été laissée à la mère, on aurait ordonné l'exécution de l'Institution. Mais, ajoute-t-il, cette option donnée à la mère a paru être un moyen sûr de se procurer un avantage indirect; elle lui donnait sur ses enfans une autorité dont elle pouvait abuser; elle pouvait choisir celui qui se soumettrait plus volontiers à des conditions avantageuses pour elle, et exiger de l'un de ses enfans l'avantage que son mari n'avait pu lui faire directement. Il est vrai qu'un acte qui aurait contenu ces conditions, aurait pu dans la suite être déclaré nul; mais elle pouvait s'assurer ces conditions par des moyens secrets et par des actes déguisés. Il suffit qu'un second époux puisse retirer un avantage indirect d'une disposition, pour qu'elle soit nulle.

On aurait jugé tout différemment, comme le témoigne encore l'Épine de Grainville, si le père s'était réservé l'option à lui seul, sans la communiquer à sa seconde femme. Il est certain, dans nos mœurs, qu'un père qui contracte un second mariage, peut instituer, au préjudice des autres, l'un des enfans qui lui naîtront. Sa disposition est valable, quoiqu'il ne paraisse avoir aucun motif qui le porte à donner la préférence aux uns plutôt qu'aux autres. Il peut même la donner à celui qui n'est pas encore né, sur ceux qui le sont déjà. Cela étant, rien n'empêche qu'il n'use pareillement de ce droit lorsqu'il s'est remarié. Dès qu'un enfant à naître est un motif suffisant pour faire une disposition, il est indifférent que cet enfant soit du premier ou du second mariage.

[[IV. Aujourd'hui, un futur époux ne peut plus, par son contrat de mariage, instituer héritiers ses enfans à naître : aucune disposition du Code civil ne lui en confère le pouvoir; il rentre donc, à cet égard, sous l'empire de la règle générale, écrite dans l'art. 893 du Code, savoir, qu'*on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre-vifs ou par testament.*]].

V. Nous avons dit plus haut, que les Institutions par contrat de mariage ne peuvent comprendre que les futurs époux et leurs enfans à naître. De là il résulte, dit Furgole, que, si un père, mariant un de ses enfans, instituait le futur époux et son autre fils, l'Institution contractuelle ne serait pas valable en faveur de celui des enfans qui ne contracte pas le mariage, comme le décident fort bien Lebrun, Fernand, Auroux des Pommiers et Boucheul.

Cancerius et Fernand décident encore, d'après le même principe, que, s'il est stipulé dans un contrat de mariage, que les enfans mâles qui en naîtront, seront héritiers du père ou de l'aïeul, et à leur défaut, les mâles d'un autre lit, cette Institution contractuelle n'est pas valable à l'égard des enfans d'un second mariage, parceque, dit Duperrier en rapportant cette décision, « l'usage n'a autorisé l'Institution contractuelle qu'au profit » de la personne qui l'a demandée, ou de ses » descendans, qui ne peut être que la femme; » et cette clause, qui appelle les enfans d'un » autre lit, serait même au préjudice de la » femme, puisqu'elle ôterait à son mari le » moyen de doter plus avantageusement ses » filles ».

VI. Une question que ne décident pas ces auteurs, est de savoir si au moins une Institution contractuelle qui serait faite au profit d'autres personnes que celles qui contractent mariage, ou leurs enfans à naître, ne vaudrait pas comme donation entre-vifs, ou comme disposition à cause de mort.

Il est clair qu'elle ne peut valoir comme donation entre-vifs, quand même elle serait acceptée, parcequ'elle embrasse nécessairement des biens à venir, ce qui, aux termes des art. 15 et 17 de l'ordonnance de 1731, emporte la nullité de toute donation qui n'est point faite en faveur de futurs époux ou de leurs enfans à naître.

Mais Coquille, sur la coutume de Nivernais, est d'avis qu'une telle disposition doit valoir comme donation à cause de mort : « Par con» trat de mariage (ce sont ces termes), non» seulement les mariés, mais aussi d'autres » personnes sont institués héritiers. Com» ment devra valoir cette convenance? Il est » certain qu'à l'égard des autres qui ne con» tractent pas mariage, c'est une simple do» nation à cause de mort, qui, de sa nature, » est révocable, et peut valoir, sinon comme » legs testamentaire ».

Laurière rejette cet avis sur le fondement que « les donations à cause de mort, dans les » coutumes où elles sont autorisées, sont des » conventions, et qu'il n'est pas possible » qu'une Institution d'héritier, où il n'y a » que le testateur seul qui parle, puisse être » regardée comme une convention ».

Cette raison ne prouve pas que l'Institution dont il s'agit, ne peut pas valoir comme legs, puisque quand même on pourrait accorder le nom de contrat aux donations à cause de mort, il faudrait constamment le refuser aux legs; mais ce qui prouve que la décision de

Laurière doit s'étendre à cette dernière espèce de disposition, c'est qu'on ne peut léguer que par un acte de dernière volonté, et que, pour pouvoir considérer comme tel la partie d'un contrat de mariage qui contiendrait une Institution en faveur de personnes qui ne se marient pas, il faudrait qu'on fît valider les testamens et les codicilles dans lesquels il se trouve des mélanges d'actes étrangers; ce qui n'est pas moins contraire aux principes du droit romain qu'à ceux de l'ordonnance de 1735.

Il faut donc tenir pour constant que les Institutions insérées dans les contrats de mariage au profit d'autres personnes que les futurs époux et leurs enfans à naître, ne peuvent être exécutées ni sous la dénomination que les parties contractantes leur ont donnée, ni sous celle de donation entre-vifs, ni enfin sous celle de disposition à cause de mort (1).

C'est mal à propos que Denisart cite comme contraire à cette jurisprudence, un arrêt du 15 juin 1736, rendu dans l'espèce suivante.

Le sieur Camus et sa femme, qui avaient un garçon et cinq filles, promirent en mariant une de celles-ci, « de garder à la future » épouse, leur fille, *ainsi qu'à leurs autres* » *enfans*, à chacun leur part et portion hé» réditaire entière dans leurs successions; en » sorte qu'après leur décès ils partageraient » tous également ». Le sieur Camus avait fait, par un testament antérieur, des avantages considérables à son fils. Ce dernier prétendit en conséquence que l'Institution contractuelle ne pouvait avoir d'autre effet que de donner à la mariée une part égale à celle qu'elle aurait eue *ab intestat*, et que ses autres sœurs n'en pouvaient tirer aucun avantage pour partager également avec lui. Mais une sentence des requêtes du Palais, du 3 juin 1762, confirmée par l'arrêt cité, ordonna le partage égal de la succession du sieur Camus entre tous ses enfans.

On aperçoit sans peine le motif de cet arrêt. Le testament du sieur Camus avait été révoqué par le contrat de mariage dont il s'agissait, et conséquemment sa succession était ouverte *ab intestat*: car, en pays coutumier, la simple déclaration du testateur de vouloir révoquer ses dispositions de dernière volonté, suffit pour produire cet effet, par quelque acte qu'elle soit faite, pourvu qu'elle soit légalement prouvée. Ce n'est donc point à une Institution contractuelle, mais à la révocation du testament de leur père, que les filles du sieur Camus ont dû le partage égal qu'elles ont fait de sa succession.

Aussi trouvons-nous dans le Journal des audiences, tome 6, liv. 3, chap. 17, un arrêt du mois d'avril 1703, qui a jugé formellement que la promesse d'égalité insérée dans un contrat de mariage, n'est obligatoire qu'envers l'enfant à qui elle a été faite, et non envers les autres.

Le conseil souverain de Mons en a rendu un semblable le 14 février 1676, dans la cause de Nicolas Losson. Je l'ai trouvé dans un recueil manuscrit qui m'a été communiqué par un magistrat de ce tribunal.

La question s'est représentée depuis peu au parlement de Paris, et y a encore reçu la même décision. Voici les faits qui y avaient donné lieu:

Le sieur Baudon, fermier-général, avait été marié deux fois.

Il épousa d'abord en 1716, la demoiselle de Verneuil, dont il eut cinq enfans, deux garçons et trois filles mariées, l'une au sieur Julien, l'autre au sieur Cromot, la troisième au sieur Toquini.

Dans le contrat de mariage de la dame de Cromot, après la stipulation de 160,000 livres qui lui furent constituées en dot, le sieur et la dame Baudon, son père et sa mère, promirent de conserver l'égalité entre tous leurs enfans dans leurs successions.

La demoiselle de Verneuil, première femme du sieur Baudon, décéda en 1753: le sieur Baudon laissa continuer la communauté avec ses enfans; il n'était alors intéressé que dans les sous-fermes. En 1756, il obtint un bon de fermier-général; en 1759, songeant à se remarier, il fit faire un inventaire, pour dissoudre la communauté, et fit le partage avec ses enfans.

Ensuite le sieur Baudon âgé de soixante-quatre ans, se remaria avec la demoiselle de Ligniville, âgée de dix-sept ans; elle apporta 100,000 livres en dot, qui lui furent données par le feu roi de Pologne. Le contrat de mariage portait *stipulation de communauté en tous biens, meubles et conquêts immeubles, suivant la coutume de Paris: une mise en communauté de 30,000 livres pour chacun; le surplus des biens et droits des futurs époux, ensemble ce qui leur adviendrait et écherrait durant le mariage, tant en meubles qu'immeubles, successions, donations, legs ou autrement*, devait *demeurer propre à chacun des conjoints respectivement et aux siens de son côté en ligne.*

(1) Il y a là-dessus des usages particuliers dans la Belgique. *V.* l'article *Réglement ab intestat.*

Deux fils sont nés de ce mariage.

Le sieur Baudon, parvenu à quatre-vingt-quatre ans, fit un testament par lequel, après un *prélegs de 400,000 livres au profit des enfans du second lit, avec charge de substitution au profit de tous les enfans*, il les institua, *concurremment avec les autres, ses légataires universels.*

Lors du partage de la succession du sieur Baudon, les enfans du premier lit ont élevé deux difficultés.

L'une était relative au bénéfice du bail des fermes, commencé en 1756, trois ans avant le second mariage, et fini trois ans après; et ils ont demandé que prélèvement fût fait sur la deuxième communauté au profit de la première, de tous les bénéfices de ce bail, pour la moitié appartenir aux enfans du premier lit, et l'autre moitié être partagée également entre tous les enfans.

La deuxième difficulté regardait le prélegs de 400,000 livres fait aux enfans du second lit; ils en ont demandé la nullité en vertu de la promesse faite par le père, dans le contrat de mariage de la dame Cromot, sa fille, de conserver l'égalité entre tous ses enfans; en conséquence, ils ont soutenu que la succession devait être partagée par égales portions.

De là naissaient deux questions importantes.

Nous avons rendu compte, à l'article *Communauté*, §. 2, n°. 7, des moyens qui ont déterminé la décision de la première.

Sur la deuxième, voici en substance ce qu'ont dit les enfans du premier lit:

« Le prélegs est nul, parceque l'effet direct de la promesse d'égalité est de profiter à tous les enfans. Pour sentir la vérité de cette assertion, il suffit de faire attention qu'il y a deux sortes d'Institutions contractuelles. La première, qui est définie par Pothier, *donation entre-vifs de la succession*, renferme une libéralité active, par laquelle le père donne un objet particulier ou une universalité. Les Institutions contractuelles de la seconde espèce ne disposent point : elles ne gratifient point celui qui en est l'objet; elles contiennent seulement l'engagement de ne lui point ôter ce que la loi assurait d'ailleurs : telle est entre autres la promesse de conserver l'égalité.

» Ces Institutions ont des différences bien essentielles : la première ne se peut faire que par contrat de mariage et en faveur des enfans contractans ou leurs descendans seulement, parceque le père de famille ne la fait qu'en faveur de mariage; elle forme la loi sous laquelle les deux familles s'unissent; elle ne peut donc se faire que pour celui des enfans dont le mariage est la cause et l'occasion immédiate de la libéralité. La deuxième, au contraire, peut se faire en faveur de tous les enfans, lorsque le père ne donne pas à l'un plus qu'à l'autre, s'engage au contraire à n'en jamais avantager aucun, et s'ôte par-là le droit de déranger l'ordre que la nature et la loi ont introduit dans sa succession. Pourquoi cet engagement, conforme au vœu de la nature, de l'équité et de la loi, ne pourrait-il pas valoir en faveur de tous ses enfans? L'intérêt public en sollicite l'exécution; il tend à assurer l'union et la paix dans les familles, et à faciliter les établissemens. Cette opinion est d'ailleurs fondée sur le sentiment de plusieurs jurisconsultes accrédités, tels que Boucheul, Espiard de Seaux, le premier président de Lamoignon.

» Cela posé, la nullité du prélegs est évidente. L'égalité ne peut être établie pour la dame Cromot, sans l'être en même temps pour tous les enfans; la promesse d'égalité faite à cette dame, n'étant pas une donation de la part héréditaire entière, elle ne peut la réclamer qu'en prenant la qualité d'héritière; or, à ce titre, elle ne peut avoir sur ses frères et ses sœurs aucune espèce d'avantage; elle est forcée au rapport de tout ce qu'elle amende de plus qu'eux dans la succession; et alors si elle n'est pas remplie de sa part héréditaire, elle demandera contre les enfans du deuxième lit l'exécution de la clause de son contrat de mariage, qu'on ne pourra lui refuser : par ce rapport et par ce circuit d'action, le prélegs se trouvera entièrement détruit ».

Les enfans du second lit ont répondu,

1°. Que la promesse d'égalité faite par le sieur Baudon, n'était valable qu'au profit de la dame Cromot seule, et ne pouvait être invoquée par les autres enfans, parceque, si la faveur des contrats de mariage a permis d'y insérer toutes les clauses qui ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, il est de principe qu'elles ne peuvent être stipulées qu'au profit des époux et de leurs enfans; que les lois, les coutumes, les ordonnances y sont précises, ainsi que le sentiment des auteurs; que c'est en vain que tous les autres enfans indistinctement y ont été compris; que la promesse d'égalité est nulle à leur égard;

2°. Que la dame Cromot pouvait profiter de la promesse d'égalité, sans en faire refluer les avantages sur ses frères et ses sœurs, parceque cette promesse était une véritable Institution contractuelle, et qui en avait tous les effets; que telle était la doctrine de Lebrun, *Traité des Successions*, liv. 3, chap. 21, n°. 14; de Ricard, *Traité des Donations*,

part. 1, chap. 5; de Laurière, Bourjon, Coquille, Loisel, Henrys, Argou, etc.

Le 9 mars 1781, sur les conclusions de M. l'avocat-général Séguier, et après un délibéré de plus de deux heures, à la suite de douze audiences, le parlement de Paris a rendu un arrêt qui

« Reçoit Toquini, l'une des parties d'Hardoin, partie intervenante; sans s'arrêter à ses interventions et demandes, faisant droit sur les appels interjetés par les parties de Bonnières (la veuve Baudon) et de Martineau (le tuteur des enfans mineurs), a mis et met les appellations et ce dont est appel au néant,

» 1°. En ce qu'il a été ordonné par la sentence dont est appel, que les répartitions, intérêts, droits de présence et autres bénéfices quelconques, relatifs aux baux dont il s'agit, et perçus pendant la seconde communauté de François Baudon, père, n'entreraient pas dans la masse de la seconde communauté d'entre ledit Baudon père et la partie de Bonnières; et que toutes lesdites réparations, intérêts, droits de présence et autres bénéfices quelconques, relatifs auxdits baux, feraient partie de la succession dudit Baudon père, et comme tel partagés entre tous les enfans, tant du premier que du second lit également;

» 2°. En ce que la clause du testament dudit Baudon, père, par laquelle il a fait un prélegs de 400,000 livres à ses deux enfans du second lit, a été déclarée nulle; et qu'en conséquence il a été ordonné qu'il serait procédé au partage égal de ladite succession entre tous les enfans du premier et du second lit;

» 3°. En ce que les dépens ont été compensés;

» Émendant quant à ce, décharge les parties de Bonnières et Martineau des condamnations contre elles prononcées; au principal, déboute les parties de Gerbier et d'Hardoin (les enfans du premier lit), de la demande par elles formée contre la partie de Bonnières, afin de prélèvement sur les masses de la seconde communauté au profit de la succession de François Baudon, des réparations, intérêts, droits de présence et autres bénéfices quelconques, relatifs aux baux d'Henriet et de Bonard, et perçus pendant la seconde communauté;

» Faisant droit sur les demandes formées par les parties de Martineau, tant aux requêtes du palais qu'à la cour, sans avoir égard aux demandes des parties de Gerbier et d'Hardoin, dont elles sont déboutées, fait délivrance à ladite partie de Martineau, ès noms et qualités qu'elle procède, du prélegs de 400,000 livres et du legs universel fait au profit de Jean-François-Charles et de Charles-Jacques Baudon, enfans du second lit, portés au testament dudit François Baudon, sous les charges y énoncées....».

Ainsi l'arrêt a jugé que la promesse d'égalité n'avait profité qu'à la dame Cromot seule, et n'avait pas empêché le père de faire des dispositions en faveur de ses autres enfans, en conservant néanmoins à tous leur légitime; qu'en conséquence le prélegs était bon et valable.

[[Il existe plusieurs arrêts semblables du parlement de Dijon.

En voici un qui nous est retracé par Périer, quest. 184:

« La demoiselle de Chevigny s'oblige par le contrat de mariage d'Anne sa fille, de garder l'égalité entre ses enfans, et de ne pouvoir précipuer son fils que de 1500 livres. Au préjudice de cette clause, elle précipue ce fils de 4000 livres par son testament. Anne de Chevigny en consent l'exécution; Marie, sa sœur, femme du sieur Goujon, soutient que ce consentement ne peut lui être préjudiciable, et que l'égalité a été promise à tous ses enfans: sentence qui confirme le testament. Appel.

» On disait, de la part de l'appelante, que la demoiselle de Chevigny ayant une fois voulu que *conditio filiorum exæquaretur*, comme il est dit dans la loi 12, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, c'était une loi dans la famille qui devait être suivie, et à laquelle elle n'avait pu déroger; que l'égalité était favorable entre les frères et sœurs, *ut quos junxit natura jungat æqualis gratia*; que les clauses des contrats de mariage étaient irrévocables, parcequ'ils se faisaient en présence de toute la famille; que le sieur Goujon s'était marié dans cette vue d'égalité à laquelle on ne pouvait donner atteinte sans lui faire une tromperie.

» L'intimé disait, au contraire, qu'une promesse d'égalité n'est obligatoire qu'à l'égard de celui dans le contrat de mariage duquel elle est faite: que comme elle est *pars pactorum dotalium*, et à l'avantage de ceux qui se marient, elle ne peut profiter qu'à eux seuls, et non aux autres auxquels on n'a rien promis; qu'autrement elle pourrait être préjudiciable à ceux en faveur de qui elle est faite, puisqu'on ne pouvait leur donner plus que ce qu'on leur avait promis, ce qui serait absurde; que, l'égalité était favorable, la liberté de disposer de ses biens à sa fantaisie, l'était encore davantage, et qu'on n'avait rien

promis au sieur Goujon. On citait Guypape, quest. 39, et Ferrière, sur la quest. 222 du même auteur.

» Par arrêt du 13 iuillet 1678, au rapport de M. Thesut-Ragy, la sentence fut confirmée *tout d'une voix* ».

Cet arrêt avait été précédé de deux autres, que l'additionnaire de Périer nous a conservés. Voici dans quels termes il les rapporte;

« Jean Meusnier avait eu de son premier mariage avec Anne Durand, deux enfans, François et Marie Meusnier : de son second mariage, avec Marguerite Bachey, étaient nés trois autres enfans. Il fut dit par le contrat de mariage de François, qu'il viendrait à la succession de son père également avec ses frères et sœurs sans préciput. Pour montrer l'esprit d'égalité dont le père était alors animé, il voulut que, comme il promettait d'acquitter son fils de toutes dettes et de lui donner des habits nuptiaux, chacun des autres enfans à marier prissent dans sa succession la somme de 200 livres avant tout partage : tout cela fut énoncé dans le contrat. La seconde femme meurt; il fait son testament, et institue Marie, fille de son premier lit, en la somme de 150 livres : elle s'en plaint. Sentence en la chancellerie de Châlon, par laquelle la succession est réglée *ab intestat*. Appel par les autres enfans institués et favorisés dans ce testament. Le sieur Bachay, avocat, plaida pour eux, et dit que la promesse d'égalité apposée dans le contrat de mariage, de François Meusnier, lui était personnelle : que, si la novelle de Léon avait corrigé la loi *Pactum quod dotali* 15, C. *de pactis*, cette novelle était exorbitante du droit commun, et n'était point suivie; qu'il fallait que la promesse d'égalité fût bien précise et faite *disertis verbis*, pour gêner la volonté du père à l'égard des autres enfans. On disait, au contraire, que le père, pour se défendre des artifices et des suggestions d'une femme et des enfans d'un second lit, avait voulu s'imposer une loi d'égalité. Arrêt du 17 février 1644, rendu au rapport de M. Jaquotot, qui réforma la sentence et ordonna l'exécution du testament.

» Pareil arrêt était intervenu le 13 mai 1639, au profit des nommés Martin, contre leurs sœurs ».]]

VII. C'est en se fondant sur le principe adopté par ces arrêts, que Rousseaud de Lacombe dit, après Fernand et Despeisses, « qu'une Institution dans un second contrat » de mariage, tant en faveur des enfans du » premier lit que de ceux à naître du second, » est nulle pour ceux du premier lit, et peut » être révoquée, parceque ce pacte n'a pas » donné lieu au mariage ».

Nous trouvons cependant un arrêt du parlement de Toulouse, de l'année 1660, qui a décidé le contraire. Par cet arrêt (dit Catellan, liv. 4, ch. 6), « il fut jugé, en l'assemblée des chambres, que la promesse faite » par une femme, dans le contrat de son second mariage, d'instituer héritiers égaux » ses enfans du premier et du second lit, était » bonne et valable, à l'égard même des enfans du premier : et quoique l'acte dans » lequel elle était faite, fût à l'égard de ceux-ci un acte étranger, qui par-là semblait » n'être pas obligatoire en leur faveur, cette » clause n'y paraissant apposée que pour l'intérêt des enfans du second lit, à qui on » avait voulu assurer du moins la moitié de » la succession de leur mère, on crut néanmoins que cette promesse, qui vaut Institution, intéressait également les enfans » des deux lits, et qu'elle était également obligatoire en faveur des uns et des autres; et » on l'a regardée comme faisant une des conditions du mariage, *sans laquelle*, et s'il » n'avait été permis à la contractante, touchée, malgré le désir de se remarier, du » mouvement d'affection pour les enfans du » premier lit, de ménager leurs avantages, » elle n'aurait pu se résoudre à passer en secondes nôces ».

C'est ce qu'a encore jugé le parlement de Dijon, par un arrêt du 19 janvier 1726, rendu, tout d'une voix, entre Jean Villedieu, à lui joint Vivant Villedieu, son frère, appelans, Marguerite et Philiberte Villedieu, femmes des sieurs Ravier et Thiroux, intimées. Voici, mot pour mot, comment Raviot nous en retrace l'espèce.

« Marie Bureau, leur mère commune, avait été mariée en premières nôces avec le sieur Villedieu, père commun des parties; son mari étant décédé, elle passa en secondes nôces avec Gilbert Boiveau; et dans son contrat de mariage, du 19 avril 1694, elle donna, *par donation entre-vifs*, à Pierre Villedieu, avocat, son fils du premier lit, une maison et ses dépendances, la bibliothèque de son père, etc., sans être tenu d'en faire aucun rapport à sa succession; et il fut ajouté : *Ne pourra ladite demoiselle future faire de préciput à autres de ses enfans, même à ceux qu'elle pourrait avoir du futur mariage, entre lesquels elle veut que le surplus de ses autres biens soit partagé également; le tout, sans en pouvoir avantager l'un plus que l'autre que de la somme de 3000 livres qu'elle se réserve encore, pour disposer seu-*

lement en faveur de celui ou de ceux de ses enfans qu'elle voudra précipuer. La dame Bureau fait son testament le 18 février 1709, et substitue les portions des sieurs Vivant et Léonard Villedieu, ses fils, prêtres, et ses héritiers : on impugne cette substitution comme contraire à l'égalité promise et stipulée en faveur de tous les enfans de la dame Bureau par son second contrat de mariage. Par arrêt qui intervint, en infirmant la sentence du bailliage de Montcenis, dont les sieurs Villedieu étaient appelans, la dame Ravier, qui s'en était tenue à sa dot, fut déclarée non-recevable; et tant elle que la dame Thiroux furent déclarées mal fondées en leurs prétentions et demandes, et condamnées en la moitié des dépens. — La cour, en prononçant de la sorte, voulut marquer précisément qu'elle décidait l'irrévocabilité de la clause et du pacte d'égalité dont il était question.

» Je dois néanmoins observer sur cet arrêt, que la cour n'a point jugé la question de savoir si le père qui marie son fils ou sa fille, et qui promet l'égalité entre ses enfans, s'oblige à l'égard de ses autres enfans. Ce n'était point là le fait dont il s'agissait dans l'arrêt de Villedieu : la mère ne mariait point son fils, mais elle se mariait elle-même, et passait en de secondes nôces; elle fait un pacte d'égalité entre tous ses enfans. C'est alors qu'on peut dire *lex dicta toti familiæ*; ce pacte est formel pour toute la famille : cette mère, en contractant un second mariage, voulait régler sa succession, et la régler irrévocablement pour ne point donner de sujet de plainte à ses enfans du premier lit; mais il n'en est pas de même lorsqu'un père ou une mère marie son enfant et fait un pacte d'égalité ».

[[De ces deux arrêts, le premier aurait pu, sous l'ancienne jurisprudence, se justifier par la considération alléguée par Catellan, si, comme paraît le faire entendre ce magistrat, c'est en faveur des enfans du premier lit, contre ceux du second, qu'il a été rendu.

Mais le deuxième arrêt n'ayant été rendu qu'entre les enfans du premier lit, on ne conçoit pas comment il a pu juger obligatoire entre eux une promesse d'égalité qu'ils auraient tout au plus été fondés à faire valoir, ensemble et à leur profit commun, contre les enfans du second mariage.

Au reste, le Code civil ne permettrait plus de juger, ni comme le premier, ni comme la second arrêt.]].

VIII. On peut néanmoins en instituant un futur époux, lui substituer un étranger, parce-qu'alors la substitution est considérée comme une charge indivisible de l'Institution.

Écoutons Furgole sur l'art. 13 de l'ordonnance de 1731. Après avoir dit qu'on ne peut instituer contractuellement que les futurs époux ou leurs enfans à naître, il ajoute :

« Toutefois la substitution faite en faveur des descendans de l'institué, nés d'un autre mariage, serait bonne : *Henrys, liv.* 6, *chap.* 5, *quest.* 25.

» La raison en est qu'il suffit que l'Institution vaille, afin que les substitutions soient bonnes, quand même les personnes appelées ne seraient pas de la qualité requise pour faire subsister l'Institution contractuelle; car les substitutions n'étant qu'un accessoire de l'Institution, pourvu que le principal soit bon, les accessoires sont valables : je crois même que, quand la substitution contractuelle serait faite en faveur de toute personne, quoiqu'étrangère à l'institué contractuel, elle serait également bonne, parceque la substitution vaut par la volonté du substituant (loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo*), et que les anciennes ordonnances, de même que les art. 11 et 12 de celle de 1731, ne distinguent point si les substitués sont descendans ou étrangers par rapport au donataire ou à l'institué.

» On ne doit donc examiner, sinon si les formalités nécessaires pour la validité de la première donation ou de l'Institution, ont été observées, afin qu'on doive confirmer les Institutions qui en dépendent.

» Il est vrai que ces substitutions contractuelles, faites au profit d'autres que des époux ou de leurs descendans du même mariage, n'ont pas le caractère d'irrévocabilité, et que le substituant les peut détruire comme il veut, suivant la remarque de Lebrun ».

L'auteur renvoie à la cinquième de ses questions sur la matière des donations, où il fait voir que toute charge imposée à une Institution contractuelle en faveur de personnes étrangères à l'institué, peut être révoquée par l'instituant.

[[Cette doctrine de Furgole n'a plus d'objet depuis que la loi du 14 novembre 1792 a prohibé les substitutions fidéicommissaires, et encore moins depuis que le Code civil a ajouté à cette prohibition la peine de nullité même des dispositions principales auxquelles des substitutions fidéicommissaires seraient apposées (1); elle avait d'ailleurs été précédemment

(1) Il est vrai que, par la loi du 17 mai 1826, la faculté de substituer est recréée en faveur des enfans nés et à naître de donataires; mais, dans l'hypothèse qui nous occupe ici, il s'agit d'une subs-

modifiée dans un point important : l'ordonnance du mois d'août 1747, survenue postérieurement à l'époque où Furgole écrivait son commentaire sur celle de 1731, avait déclaré, tit. 12, art. 1er., que les substitutions apposées aux Institutions contractuelles, seraient désormais irrévocables, comme ces Institutions elles mêmes.]]

IX. A cette première modification du principe qu'on ne peut instituer contractuellement que les futurs époux et leurs enfans à naître, il faut en ajouter une autre non moins remarquable. Lebrun (*des Successions*, liv. 3, chap. 2, n°. 13) nous la présente en ces termes : « On a inventé un moyen de faire » l'équipollent d'une Institution contractuelle » au profit d'autres personnes que les mariées, en instituant la personne mariée à » la charge d'associer ses frères et ses sœurs » pour une certaine quotité de l'Institution, » ce qui vaut au profit des frères et des sœurs » comme une condition de l'Institution ; mais, » à mon avis, pourrait être révoqué comme » n'étant pas une véritable Institution contractuelle, et les contre-lettres qui ne sont » point contraires aux personnes mariées, » étant licites ».

[[Arrêtons-nous à ce passage de Lebrun, et examinons 1°. si la doctrine qu'il y professe, tant sur la validité de la clause d'association dont il parle, et qu'il atteste être reconnue sans difficulté dans l'usage, que sur la révocabilité de cette clause, était exacte à l'époque où écrivait ce jurisconsulte; 2°. si elle peut encore être appliquée sous le Code civil.

1°. Comment la clause d'association d'un *non-contractant mariage* à l'Institution contractuelle d'un futur époux, pouvait-elle valoir sous l'ancienne jurisprudence, au mépris de la maxime constamment admise et même consacrée formellement par les coutumes d'Auvergne, art. 163; de Bourbonnais, art. 219; de Nivernais, titre *des Donations*, art. 12, que les futurs époux et leurs enfans à naître pouvaient seuls être institués contractuellement?

Lebrun n'en cherche pas bien loin la raison : il dit tout simplement que la clause d'association *vaut au profit des frères et sœurs* du futur époux institué, *comme condition de l'association;* mais sans doute, en s'exprimant ainsi, il se réfère mentalement à la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo,* qui veut que la clause d'une donation par laquelle le donateur charge le donataire de restituer à un tiers ce qu'il lui donne, produise une action en faveur de ce tiers pour en exiger l'exécution (1). Et c'est assez dire qu'il regarde cette clause comme une substitution fidéicommissaire apposée à l'Institution contractuelle.

Effectivement Auroux des Pommiers, sur l'article que je viens de citer de la coutume de Bourbonnais, et Bergier, dans ses notes sur le *Traité des Substitutions* de Ricard, page 297, trouvent la source de l'usage des clauses d'association dont il s'agit, dans la loi 19, §. 1, D. *ad senatusconsultum Trebellianum*, où il est dit que, si le testateur, en instituant Lucius son héritier, le charge de partager sa succession avec Titius, cette disposition ne peut pas sans doute avoir directement son effet en faveur de Titius, puisqu'il n'est pas institué, mais qu'elle doit valoir comme substitution fidéicommissaire: TE ROGO LUCI TITI, HEREDITATEM MEAM CUM LITIO PARTIARIS; *ex senatusconsulto Trebelliano in eum cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit :* ROGO HEREDITATEM ILLAM RESTITUAS.

De même en effet, disent ces auteurs, que la charge imposée à Lucius de partager la succession avec Titius, ne peut pas valoir directement, parceque Titius n'est pas institué, de même aussi la clause d'association à l'Institution contractuelle « ne pourrait pas valoir » directement en faveur des tiers appelés à » en partager le bénéfice, parceque les Institutions contractuelles ne sont autorisées » qu'en faveur des contractans mariages ou » des descendans du mariage seulement; mais » elles ont leur exécution comme dispositions » subordonnées, comme fidéicommis. L'universalité de la succession passe sur la tête » de l'institué principal chargé de rendre. Il » a la capacité de recevoir cette disposition » universelle, puisqu'il est *contractant mariage.* Voilà donc une disposition valable, » mais comme elle est accompagnée de la » condition de rendre, ou la moitié, ou toute » autre portion, à une ou plusieurs tierces-» personnes, l'institué, obligé d'obéir à cette » volonté impérieuse de l'Instituant, devient » le canal par lequel passe le bienfait destiné » à la tierce-personne gratifiée en sous-ordre; » *il ne retient que la portion qui lui est des-*

titution au profit d'une personne étrangère à l'époux institué contractuellement ; et c'est assez dire qu'une pareille substitution serait encore nulle aujourd'hui, comme elle l'eût été avant la loi citée.

(1) [*V.* mon *Recueil de Questions de droit,* aux mots *Stipulation pour autrui.*]

» *tinée, et restitue le surplus par forme de* » *fidéicommis* ».

Inutile d'objecter que, pour qu'il y ait substitution fidéicommissaire, il faut que le substitué ne soit appelé à recueillir qu'après que l'institué aura recueilli lui-même. Le principe est incontestable; mais loin de détruire la conséquence qui sort de la loi citée, il la fortifie, suivant les mêmes auteurs, et la met au-dessus de toute espèce de doute: car l'institué à la charge de s'associer un tiers dans le partage de la succession, commence par recueillir lui-même la succession entière; et ce n'est qu'après qu'il en a été saisi, que la clause d'association agit et produit son effet.

C'est ce qu'explique parfaitement Bergier, page 364:

« L'ordre successif (dit-il), *le trait de temps*, sont indispensables pour former une substitution; partant de ce principe, l'on conçoit sans peine que, lorsqu'un testateur dit: *j'institue mon épouse mon héritière universelle, et je lui substitue mon fils unique auquel je veux qu'elle remette la moitié de mes biens, lorsqu'il aura atteint sa majorité, et qu'elle lui conserve l'autre moitié pour la recueillir après qu'elle sera morte*; on conçoit sans peine, dis-je, que dans cette formule et autres semblables, qui mettent un intervalle bien sensible et bien déterminé entre le temps où le grevé recueille et celui où il est obligé de rendre, le trait de temps est marqué de manière à être facilement aperçu.

» Mais il arrive tous les jours qu'un père mariant son fils, *l'institue son héritier* contractuel, *à la charge d'associer à l'Institution un ou plusieurs autres de ses enfans, et de partager* ses biens avec eux, soit par égalité, soit dans telle autre proportion qu'il juge à propos de régler. On ne doute pas de la validité et de l'efficacité de pareilles dispositions; et quoiqu'elles ne puissent être valables en faveur *des associés* que comme *fidéicommis*, puisque les Institutions contractuelles ne saisissent *directement* que les contractans, on a peine à y reconnaître une *substitution*; parceque l'instituant n'ayant pas marqué d'intervalle entre le moment où l'institué principal doit recueillir, et celui où il est obligé de remettre *aux associés* la portion qui leur est destinée, on n'aperçoit pas distinctement *le trait de temps* qui doit séparer l'adition de l'hérédité et la remise du fidéicommis. Mais la difficulté disparaîtra, si l'on fait attention que *le trait de temps* exigé pour former une substitution fidéicommissaire, n'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, qu'un point *mathématique*. De même que le point mathématique est dans l'espace sans diminution, sans étendue, de même le *trait de temps* dont il s'agit ici, est sans *terme* et sans *durée*: c'est un trait de lumière qui tombe sur la glace et se réfléchit aussi rapidement que l'imagination. L'ordre successif étant prescrit, Jean recevra et aussitôt il rendra à Pierre: l'imagination conçoit un instant *imperceptible* durant lequel la propriété *repose*, ou du moins *passe* sur la tête de celui qui reçoit pour rendre, le moment qui le saisit précède celui qui le dépouille; voilà *le trait de temps*; il dépend de la volonté de l'homme de lui donner de la *tenue*, de la *durée*, en renvoyant la remise du fidéicommis à une autre époque fixe, comme la majorité, ou indéterminé comme le décès; mais cette tenue, cette durée n'est point de nécessité, elle est purement arbitraire ».

Inutile encore de dire que, dans l'espèce de la loi citée, le tiers avec lequel l'institué était chargé de s'associer pour le partage, aurait pu être honoré par le testateur d'une Institution directe; qu'il n'est donc pas étonnant que la loi le fasse profiter de la clause d'association; mais qu'il en est autrement du tiers que l'instituant par contrat de mariage, charge le futur époux qu'il institue, de s'associer; que ce tiers ne se mariant pas, ne peut pas être appelé directement par le contrat à la succession de l'instituant.

Pour que cette objection fût concluante, il faudrait que l'on ne pût jamais faire par la voie indirecte d'une substitution fidéicommissaire, ce qu'on ne peut pas faire directement. Sans contredit on ne le peut pas, lorsque l'obstacle provient, soit d'une loi prohibitive et dictée par la morale ou l'ordre public, soit de l'incapacité de celui au profit duquel la disposition est faite. Mais telle n'est pas la nature de l'obstacle qui s'oppose à ce que le tiers dont il s'agit, soit compris dans l'institution contractuelle stipulée au profit d'un futur époux: il ne provient que de ce que ce tiers ne se trouve pas dans la position où il faudrait qu'il fût pour pouvoir profiter de sa capacité d'être lui-même institué contractuellement. Or, qu'un pareil obstacle puisse être levé par le moyen indirect d'un fidéicommis, c'est ce que prouvent notamment deux exemples pris, l'un dans le droit romain, l'autre dans notre ancienne jurisprudence.

La loi 39, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, suppose un aïeul paternel qui, ayant pour héritiers présomptifs deux petits-enfans impubères, prévoit le cas où l'un

d'eux viendrait à mourir en pupillarité, et veut que, ce cas arrivant, l'autre recueille toute sa succession. S'il les avait tous deux sous sa puissance, il remplirait directement son objet en les substituant pupillairement l'un à l'autre. Mais ce moyen lui manque, parceque l'un d'eux est émancipé. Il faut donc qu'il recoure à une voie indirecte; et quelle peut être cette voie? C'est, répond la loi, de n'instituer pour héritier que celui de ses petits-fils qu'il a sous sa puissance, en le chargeant de rendre la moitié de sa succession à l'autre, lorsque celui-ci sortira de tutelle; et de lui substituer pupillairement ce dernier, en cas qu'il meure impubère (1); ce qui fait dire à Pothier, dans ses Pandectes, liv. 28, tit. 6, sect. 2, art. 3, n°. 42, que, *Quamvis autem his duntaxat liberis, quos in potestate habemus, substituere pupillariter possimus, tamen et circà alios idem facere per æquipollens quodammodo possumus.*

L'autre exemple est encore plus topique; car c'est dans la matière même des Institutions contractuelles que nous le puisons. De ce qu'il a toujours été de maxime que, parmi les personnes capables d'être instituées héritières par contrat de mariage, celles qui se mariaient, étaient les seules qui pussent l'être efficacement, de ce qu'en conséquence, les personnes non contractant mariage, ne pouvaient pas, dans notre ancienne jurisprudence, comme elles ne peuvent pas encore aujourd'hui, être instituées directement héritières par contrat de mariage, s'ensuivait-il qu'elles ne pussent pas être substituées fidéicommissairement à de futurs époux? On a vu, au n°. précédent, Furgole établir clairement que non. Et cela seul tranche toute difficulté, puisque la clause d'association à une Institution contractuelle n'est, comme nous venons de le prouver, qu'une substitution fidéicommissaire.

Mais si c'était comme substitution fidéicommissaire que valait cette clause au temps où écrivait Lebrun, nul doute que, comme l'enseignait cet auteur, elle ne fût alors révocable au gré de l'instituant. C'est la conséquence nécessaire du principe établi dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Stipulation pour autrui*, qu'à cette époque, l'auteur d'une Institution contractuelle était maître de révoquer la substitution dont il l'avait grevée.

De là même cependant ne résulte-t-il pas que les clauses d'association sont devenues irrévocables du moment que, comme nous l'avons dit au n°. précédent, l'ordonnance de 1747 eut déclaré telles, tit. 1er., art. 12, les substitutions apposées à des Institutions contractuelles?

C'est effectivement la conséquence qu'en tire Bergier, page 297; « Peu de personnes » (dit-il) se doutent qu'elles font une substitution, lorsqu'elles font une pareille Institution à la charge d'associer; cependant » rien de plus évident; il en résulte deux » conséquences absolument incontestables, » et qui cependant paraitront des paradoxes » à bien des jurisconsultes dominés par le » préjugé: la première est, que l'association » devenant caduque par le prédécès ou l'incapacité de l'associé à l'Institution, l'institué principal reste seul héritier universel; » la seconde, que l'association est aussi irrévocable que l'Institution (ordonnance de » 1747, tit. 1, art. 12). Combien d'instituans n'auraient jamais consenti une Institution à charge d'associer, s'ils avaient » prévu ce double effet? Cependant il n'est » pas permis de raisonner et de douter que » tels soient les effets des charges d'associer ».

On voit qu'en s'expliquant ainsi, Bergier reconnait lui-même que sa doctrine sur la prétendue irrévocabilité des clauses d'association, n'est pas d'accord avec les idées généralement reçues.

Et dans le fait, Chabrol, qui écrivait aussi sous l'ordonnance de 1747, tient un langage bien différent dans son Commentaire sur la Coutume d'Auvergne, art. 136: « Il y a » encore bien moins lieu de douter (dit-il) » que cette disposition (la clause d'association) ne soit révocable. L'associé n'étant pas » contractant, il n'est pas saisi; et s'il n'est » pas saisi, la disposition faite ne doit être » regardée que comme une *destination révocable* AD NUTUM, comme toute autre charge » attachée à l'Institution dont l'instituant peut » dispenser l'institué: c'est le sentiment de » Lebrun ».

Ainsi, Chabrol, qui pourtant envisage aussi la clause d'association comme une subs-

(1) *Cùm ex filio qui duos nepotes impuberes habebat, sed alterum eorum in postestate, alterum non, et vellet utrumque ex æquis partibus heredem habere, et, si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem ejus transferre; ex consilio Labeonis, Ofilii, Cascellii, Trebatii, eum quem in potestate habebat, solum heredem fecit, et ab eo alteri dimidiam partem hereditatis,* CUM IN SUAM TUTELAM VENISSET, *legavit. Quod si is qui in potestate suâ esset, impubes decessisset, alterum heredem ei substituit.*

titution fidéicommissaire dont l'instituant grève l'institué (ainsi qu'on peut s'en convaincre par ce qu'il dit, tome 2, page 336), ne la regarde pas comme devenue irrévocable par le changement que l'ordonnance de 1747 a apporté à l'ancienne jurisprudence sur la révocabilité des substitutions fidéicommissaires apposées aux Institutions contractuelles.

Il n'en explique pas la raison, mais elle se présente d'elle-même, et il est étonnant qu'elle ait échappé à Bergier : c'est que, si la clause d'association est une substitution fidéicommissaire dans le sens du droit romain, elle ne l'est pas du moins dans le sens de l'ordonnance de 1747.

En effet, l'ordonnance de 1747 ne s'occupe pas de ce qu'on appelait dans le droit romain un *fidéicommis pur*, c'est-à-dire, un fidéicommis dont l'ouverture a lieu au même instant que celle de l'Institution qu'il grève, et qui ne forme, à proprement parler, qu'un legs (1). Elle ne s'occupe que du *fidéicommis conditionnel*, c'est-à-dire, du fidéicommis qui s'ouvre quelque temps après que l'institué a recueilli et a joui comme propriétaire bridé; et la preuve en est que ce n'est qu'à cette espèce de substitution que peuvent s'appliquer les formalités d'inventaire, d'envoi en possession, d'enregistrement et de publication qu'elle prescrit pour toutes celles qui sont l'objet de ses dispositions.

Il est donc tout simple que cette ordonnance n'ait porté aucune atteinte à l'usage précédemment établi de regarder comme révocable la clause d'association apposée à une Institution contractuelle.

Mais pour exercer son droit de révocation, l'instituant avait-il besoin du consentement de l'institué?

Là-dessus écoutons Furgole, dans la 5e. de ses *questions sur la matière des donations*, no. 52 :

« Il faut présentement examiner si le consentement du donataire est nécessaire, afin que la charge qui lui a été imposée par le donateur, puisse *être révoquée*.

» Il y a plusieurs auteurs qui ont cru que le consentement du premier donataire était nécessaire, suivant cette règle de droit, *nihil tam naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* (loi 35, D. *de regulis juris*). Ainsi, la donation ayant été acceptée par le donataire, avec la charge de rendre à un tiers absent, afin que cette charge soit révoquée de la même manière qu'elle a été établie et que la révocation vaille, il faut nécessairement que le donateur intervienne pour prêter son consentement.

» Toutefois le sentiment contraire est fondé sur plusieurs lois que nous avons rapportées (1); et par conséquent il faut décider que le donateur peut révoquer la charge par lui imposée, sans que le consentement du premier donataire soit requis.

» Nous avons observé ci-dessus que la charge ou substitution faite au profit d'un tiers absent n'avait d'autre fondement que la volonté du donateur : donc il peut lui seul changer de volonté et détruire par là le droit du tiers absent ».

Reste à savoir dans quel sens la clause d'association était révocable dans notre ancienne jurisprudence.

Elle l'était certainement en ce sens que l'instituant pouvait, suivant l'opinion de Chabrol dans le passage cité, en *dispenser l'institué*, et par là laisser à celui-ci tout le bénéfice de l'Institution contractuelle.

L'était-elle également en ce sens que l'instituant pût, en la révoquant à l'égard du tiers en faveur duquel il l'avait stipulée, en transférer le bénéfice à un autre, ou se le réserver à lui-même, à l'effet de disposer librement de la portion de ses biens qui en était l'objet?

Non, et par une raison bien simple : c'est que l'institué était saisi, par son Institution contractuelle, du droit de recueillir toute la succession qui lui était promise en cas que le tiers que lui avait associé l'instituant, n'en recueillît pas la part qui lui était destinée; que ce droit, quoique subordonné à une condition, ne laissait pas de lui être irrévocablement acquis pour les cas où la condition viendrait à s'accomplir; et qu'elle s'accomplissait par la révocation que l'instituant faisait de la clause d'association, ni plus ni moins que par le décès du tiers-associé avant l'instituant, ou par toute autre cause qui rendait cette stipulation sans effet.

Ainsi l'ont jugé récemment deux arrêts fort

(1) Thevenot d'Essaux, *Traité des Substitutions fidéicommissaires*, chap. 15.

(1) Les lois que Furgole dit ici avoir précédemment rapportées, sont la loi 3, C. *de servis exportandis*, et la loi 1, D. *si mancipium ita fuerit alienatum*, dont on peut voir les dispositions dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Stipulation pour autrui*.

remarquables, l'un de la cour royale de Riom, l'autre de la cour de cassation.

Le 18 février 1786, contrat de mariage par lequel Annet Bellonte et Marthe Jamot, son épouse, domiciliés dans la coutume d'Auvergne, mariant Jean Bellonte, leur fils aîné, l'instituent leur héritier universel, à la charge de s'associer Valentin Bellonte, leur fils puîné, et d'acquitter les légitimes dues à leurs autres enfans.

Ils meurent tous deux après la publication des lois des 17 nivôse an 2 et 18 pluviôse an 5, portant annullation de toutes les dispositions antérieures qui n'étaient pas irrévocables de leur nature.

Jean et Valentin Bellonte leur survivent; mais le premier meurt quelque temps après, laissant des enfans à qui Valentin Bellonte, leur oncle, cède ses droits, et qui, en conséquence, réclament le bénéfice entier de l'Institution contractuelle.

Les enfans non institués d'Annet Bellonte et de Marthe Jamot consentent à ce que l'institution contractuelle soit exécutée en leur faveur, mais seulement comme héritiers de leur père pour la moitié des biens : quant à l'autre moitié, ils soutiennent que la clause d'association apposée à l'Institution contractuelle au profit de Valentin Bellonte, était nulle dans son principe, et qu'en tout cas, elle est devenue caduque par l'effet des lois des 17 nivôse an 2 et 18 pluviôse an 5.

Pour justifier la première de ces propositions, ils soutiennent qu'aucun article de la coutume d'Auvergne n'autorisait la clause d'associations au profit d'un tiers, dans les Institutions contractuelles, et qu'au contraire, cette coutume la prohibait clairement par cela seul qu'elle ne validait, art. 163, les *convenances de succéder*, par contrat de mariage, *qu'au profit des mariés et de leurs descendans*.

Passant ensuite à leur seconde proposition, ils soutiennent qu'en supposant la clause d'association permise par la coutume d'Auvergne, elle ne pouvait pas participer à l'irrévocabilité de l'Institution.

« Pourquoi en effet (disent-ils) a-t-on établi le principe de l'irrévocabilité des Institutions contractuelles? C'est évidemment parcequ'elles sont des conventions matrimoniales, sur la foi desquelles le mariage a été contracté, qui saisissent actuellement les époux d'un droit, et qui, par conséquent, ne sont susceptibles d'aucun changement après la célébration; mais la même raison de décider n'existe pas à l'égard de la clause d'association stipulée en faveur d'un tiers, et qui, quoique insérée dans le contrat de mariage, n'intéresse ni l'un ni l'autre des époux, et par laquelle ce tiers n'est point saisi.

» Or (continuent-ils), si la clause d'association apposée en 1786 à l'Institution contractuelle dont il s'agit, était révocable, nul doute qu'elle n'ait été anéantie par les lois des 17 nivôse an 2 et 18 pluviôse an 5 ».

Le 7 mai 1815, jugement du tribunal de première instance de Clermont-Ferrand, qui ordonne que l'Institution contractuelle sera exécutée pour le tout,

« Attendu que les Institutions contractuelles faites avant la loi du 7 mars 1793, ont été maintenues par l'art. 1er. de la loi du 18 pluviôse an 5, comme dispositions irrévocables, pour être exécutées conformément aux anciennes lois;

» Que les institutions faites à cette époque, à la charge d'associer, ou sous d'autres charges et conditions, étaient aussi considérées comme des dispositions irrévocables vis-à-vis de l'héritier institué, *en ce qu'il était appelé à profiter éventuellement de leur caducité*, et, comme telles, ont dû être maintenues par cette même loi; qu'à la vérité, la charge d'associer un tiers à l'Institution, était révocable dans ce sens que l'instituant pouvait détruire le droit de ce tiers par une simple déclaration qu'il révoquait la charge imposée à l'héritier institué, parceque cet associé n'avait jamais été saisi de la disposition; *mais jamais l'instituant ne pouvait disposer au préjudice de l'héritier* qui était saisi du titre universel, pas même changer l'associé qu'il lui avait donné; tout ce qu'il avait droit de faire, en changeant de volonté, tournait au profit de cet héritier, puisque ce ne pouvait être que pour le dispenser après coup de la charge qu'il lui avait primitivement imposée, en consolidant sur sa tête le droit de *conserver* tout ce qu'il recueillerait de l'institution, sans en rien rendre à l'associé;

» D'où il suit évidemment qu'une pareille Institution, faite à une époque où elle était autorisée, a toujours été considérée par la jurisprudence constante à cet égard, comme une disposition irrévocable, et comme telle, renvoyée dans la classe de celles déclarées irrévocables et maintenues par l'art. 1er. de la loi du 18 pluviôse an 5 ».

Appel, et le 10 février 1816, arrêt confirmatif de la cour royale de Riom, attendu, indépendamment des motifs des premiers juges qu'il adopte, « que, suivant les maximes » de l'ancienne coutume d'Auvergne, l'Insti» tution d'héritier par contrat de mariage, » faite purement et simplement ou sous con-

» dition d'association en faveur des personnes déterminées, avaient toujours l'effet de » lier irrévocablement l'instituant envers » l'institué, selon les clauses et dans les clauses de l'Institution; qu'il en résultait que » l'instituant ne pouvait plus ultérieurement » y apporter de modifications ou changemens » de nature à préjudicier aux droits certains » ou *éventuels* qui découlaient, soit de l'Institution même, soit *de la caducité possible* » de l'association; que de semblables associations, unies aux institutions dont elles » étaient une dépendance, constituaient des » règlemens de famille très-usités; que leur » légalité était consacrée par la jurisprudence » établie en matière d'Institution contractuelle; et qu'enfin, les familles s'unissaient » sur la foi du maintien constant de pareils » règlemens ».

Les enfans légitimaires se pourvoient en cassation contre cet arrêt, et le dénoncent comme violant 1°. l'art. 163 de la coutume d'Auvergne qui ne permettait les Institutions contractuelles *qu'au profit des mariés et de leurs descendans;* 2°. l'art. 1er. de la loi du 17 nivôse an 2 et l'art. 1er. de celle du 18 pluviôse an 5, de la combinaison desquels il résulte que la première de ces lois a rendu sans effet toutes les dispositions révocables qui avaient précédé sa publication; 3°. l'art. 2 de la seconde de ces lois, qui, au lieu de laisser à l'héritier institué contractuellement sous l'ancienne législation, les objets dont l'instituant s'était réservé la libre disposition, les fait rentrer dans la succession *ab intestat.*

Mais par arrêt de la section des requêtes, du 13 janvier 1818, leur recours en cassation est rejeté,

« Attendu, sur le moyen résultant d'une prétendue violation de la coutume d'Auvergne dans ses dispositions relatives aux Institutions contractuelles et associations auxdites Institutions, que cette coutume a formellement validé les dispositions contractuelles faites en contrat de mariage et d'association universelle, et que la cour de Riom n'a violé aucun des articles invoqués de ladite coutume, en décidant que la faveur de l'irrévocabilité résultait au profit de tout institué, soit de l'Institution même, soit de la caducité possible de l'association;

» Attendu, sur le moyen résultant d'une prétendue violation de la loi du 17 nivôse an 2, que cette loi a été révoquée dans toutes celles de ses dispositions qui avaient un effet rétroactif, et qu'elle ne peut, en conséquence, régler le sort d'une Institution établie par un contrat de mariage passé en forme authentique sous la date du 18 février 1786;

» Attendu, sur le moyen résultant d'une prétendue extension de l'art. 1er. et violation de l'art. 2 de la loi du 18 pluviôse an 5, que la charge imposée à une Institution contractuelle d'héritier universel, d'associer un tiers, ne peut être assimilée à une réserve de disposer, et qu'en conséquence, l'art. 1er. susénoncé de la loi du 18 pluviôse an 5 a été justement appliqué à ladite Institution et à l'association qui en était la condition, et que l'art. 2 ne pouvait recevoir aucune application à la contestation terminée par l'arrêt attaqué (1) ».

Deux choses à remarquer dans cet arrêt et dans celui qu'il maintient.

D'abord, ils présentent tous deux la validité de la clause d'association comme une conséquence naturelle de la disposition de la coutume d'Auvergne qui autorisait expressément les Institutions contractuelles; et ils jugent tous deux que cette coutume, en permettant d'instituer contractuellement les *mariés et leurs descendans,* permettait implicitement de leur associer des tiers *non contractant mariage.*

Ensuite, ils décident nettement tous deux que la clause d'association n'avait été révocable de la part de l'instituant, qu'à l'effet d'en dispenser l'institué.

2°. Il nous sera bien facile, d'après cela, de répondre à notre deuxième question, à celle de savoir si la doctrine de Lebrun sur la validité et la révocabilité de la clause d'association à une Institution contractuelle, peut s'accorder avec les dispositions du Code civil.

Il n'est pas besoin de dire que, si cette clause est encore valable sous le Code civil, comme elle l'était sous l'ancienne jurisprudence, elle doit être révocable sous l'un comme elle l'était et dans le même sens qu'elle l'était sous l'autre. Cela se sent de soi-même.

Mais le Code civil ne prohibe-t-il pas cette clause?

Sans doute, pour établir l'affirmative, personne ne s'avisera d'argumenter de l'art. 896 de ce Code, comme Bergier argumentait de l'art. 12 du tit. 1er. de l'ordonnance de 1747 pour établir l'irrévocabilité de cette clause sous l'ancienne jurisprudence : personne ne s'avisera de dire : « Les clauses d'association à » des Institutions contractuelles sont des

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1818, page 66.

» substitutions fidéicommissaires; or, l'art. » 896 du Code civil prohibe ces substitutions; » mais ce n'est pas au profit du grevé qu'il » en fait tourner la nullité; il en fait au » contraire rejaillir la nullité jusques sur les » donations, les legs ou les substitutions » qu'elles grèvent. Ainsi, les clauses d'asso- » ciation stipulées aujourd'hui dans des Ins- » titutions contractuelles, doivent non-seule- » ment être considérées comme nulles, mais » encore vicier les Institutions contractuelles » elles-mêmes, sinon en totalité, du moins » jusqu'à concurrence des portions dans les- » quelles les institués sont chargés de s'asso- » cier des tiers (1)».

On sent en effet combien un pareil argument serait vicieux. L'art. 896 du Code civil n'a prohibé les substitutions fidéicommissaires, à l'exemple de l'art. 1er. de la loi du 14 novembre 1792, que parcequ'elles entravaient la circulation des propriétés; que parcequ'elles plaçaient hors du commerce les biens qui en étaient l'objet. Ces deux articles n'ont donc entendu prohiber que les substitutions dont l'effet, si elles avaient lieu, ne devrait s'ouvrir qu'un certain temps après les dispositions qui en seraient grevées; ils n'ont pas entendu prohiber les dispositions qui, quoique qualifiées de fidéicommis par le droit romain, doivent avoir leur effet immédiatement après que le donataire, le légataire ou l'institué a recueilli la donation, le legs ou l'Institution dont elles ne sont qu'un retranchement.

Si la loi du 14 novembre 1792 laisse là-dessus quelque équivoque, on ne peut du moins pas en dire autant de l'art. 896 du Code civil, qui, après tout, par cela seul qu'il la maintient, en forme le plus sûr commentaire. Il définit la substitution qu'il prohibe, une clause par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire serait *chargé de conserver et de rendre à un tiers;* et par ces mots *chargé de conserver,* il annonce très-clairement qu'il ne considère pas comme *substitution* tout ce que les lois romaines qualifiaient de *fidéicommis;* qu'il ne regarde pas comme telles, les charges que le donataire, l'héritier institué, le légataire est tenu de remplir au profit d'un tiers, à l'instant même où il accepte sa donation, son Institution, son legs; et ce qui achève de démontrer qu'il est dans l'intention du Code de laisser subsister ces charges, c'est que, par l'art. 1121, il est dit *qu'on peut stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, ou d'une donation que l'on fait à un autre.*

Argumenterait-on avec plus de succès contre la validité des clauses d'association, de ce que l'art. 1082 du Code civil ne permet les Institutions contractuelles qu'*au profit des futurs époux et des enfans à naître de leur mariage?*

Il nous paraît évident que non. L'art. 1082 du Code civil ne fait, en limitant ainsi la faculté d'instituer contractuellement, que renouveler une règle gravée en toutes lettres dans les coutumes qui s'occupaient de l'Institution contractuelle, et consacrée par la jurisprudence de tous les pays qui n'avaient pas là-dessus de loi écrite. Cette règle n'est donc point par soi plus exclusive, sous le Code civil, des clauses d'association, qu'elle ne l'était précédemment.

C'est cependant sur cette règle même que se fonde M. Grenier (*Traité des donations*, tome 2, pages 31 et suivantes de la 2e. édition) pour soutenir que les clauses d'association ne peuvent plus avoir lieu sous le Code civil.

Il convient, à la vérité, que l'ancienne jurisprudence les admettait; mais, suivant lui, l'ancienne jurisprudence était, en cela, *contraire à la pureté des principes;* et comment le prouve-t-il? En disant qu'*il y a, dans tous ceux qui ne se marient pas, une incapacité de recevoir une disposition à titre d'Institution contractuelle;* qu'on ne peut pas, par contrat de mariage, instituer, conjointement avec les personnes qui se marient, des personnes qui ne se marient pas; qu'on ne peut donc pas non plus associer celles-ci aux Institutions contractuelles stipulées au profit de celles-là; ou qu'autrement, il faudrait admettre que ce qui ne peut pas être fait directement, peut l'être par une voie indirecte.

Mais d'abord, c'est une étrange idée que de présenter comme *incapable* d'être instituée contractuellement une personne qui ne se marie pas. Est-on *incapable* de recevoir par cela seul que, bien qu'on jouisse de toute la capacité requise à cet effet, on ne se trouve pas dans la position où la loi veut que l'on soit pour recevoir efficacement? Autant vaudrait-il dire qu'un donataire est *incapable* de recevoir ce qui lui est donné, lorsqu'il n'est, ni présent en personne, ni représenté par un mandataire spécial, à l'acte de donation fait en sa faveur. Or, bien certainement ce n'est point par l'incapacité du donataire que la donation reste alors sans effet; c'est uniquement parceque le donataire, tout capable

(1) *V.* l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14.

qu'il est, ne se trouve pas à portée de mettre à profit sa capacité. Il en est donc nécessairement de même de l'Institution contractuelle stipulée en faveur d'une personne qui ne se marie pas.

Que prétend, dès lors, M. Grenier, lorsque de ce que l'Institution contractuelle stipulée directement et conjointement en faveur de deux individus dont l'un se marie et l'autre ne se marie pas, n'est valable qu'en faveur du premier, il infère qu'en instituant contractuellement un individu qui se marie, on ne peut pas le charger de partager avec un individu qui ne se marie pas, le bénéfice de son Institution?

Il prétend, en d'autres termes, que de même qu'une donation faite directement et conjointement à deux individus, ne produit son effet que pour la part de celui qui, présent en personne ou dûment représenté, l'a acceptée dans une forme régulière, et que la part de l'autre est dévolue de plein droit aux héritiers du donateur décédé avant l'acceptation de celui-ci; de même aussi, lorsqu'une donation est faite à un seul individu qui l'accepte, mais à la charge d'en partager par moitié le bénéfice avec un tiers qui n'y est ni présent en personne ni dûment représenté, cette donation ne vaut que pour la moitié des biens qui en sont l'objet, et que l'autre moitié reste, après la mort du donateur qui ne l'a pas révoquée, confondue dans sa succession.

Or, cette prétention, nul n'oserait certainement la soutenir en présence de l'art. 1121 du Code civil qui la condamne formellement, comme elle était condamnée, sous l'ancienne jurisprudence, par la loi 3, C. *de donationibus quæ sub modo*. Mais si l'on peut, d'après cet article, donner à Pierre une masse de biens, à la charge d'en détacher au profit de Paul une maison, un champ, un vignoble; et si Paul acquiert, par une donation ainsi faite, quoiqu'il ne l'ait pas acceptée, quoique l'acceptation soit de l'essence de toute donation entre-vifs, le droit de se faire délivrer l'objet que le donataire est chargé de lui remettre, pourquoi le tiers-associé à une Institution contractuelle ne pourrait-il pas également, quoiqu'il ne se soit pas marié à l'instant où elle a été faite, quoiqu'elle n'ait pas été faite en faveur de son mariage, se faire délivrer par l'institué la portion à laquelle l'instituant l'a appelé par cette voie?

Pourquoi, répond M. Grenier? Parceque le tiers absent au profit duquel le donateur stipule, pourrait être donataire direct, au lieu que la personne qui ne se marie pas, ne pourrait pas être l'objet direct de l'Institution contractuelle à laquelle l'instituant l'associe.

Mais qu'importe cette différence? Il n'en résulte pas moins de l'art. 1121 du Code civil, que le tiers absent au profit duquel il est fait une stipulation dans un acte de donation entre-vifs, acquiert indirectement par cette stipulation, contre les héritiers du donateur, un droit révocable qu'il ne pourrait pas acquérir contre eux par une donation qui lui serait faite directement. Il n'en résulte pas moins que cette stipulation, sans lier le donateur tant qu'il vit, lie ses héritiers après sa mort (1), quoique la donation faite directement à un absent qui ne l'accepte pas du vivant du donateur, ne lie pas plus les héritiers du donateur que le donateur lui-même. Il n'en résulte pas moins par conséquent que le Code civil, loin de déroger, ne fait qu'ajouter une nouvelle force au principe d'après lequel l'ancienne jurisprudence permettait de faire indirectement par l'association à une Institution contractuelle, ce qu'on n'aurait pas pu faire directement, en faveur de personnes non contractant mariage.

Mais quoi (s'écrie M. Grenier)! « On » verrait donc un individu qui ne se marie » point, se faire faire, *par une simple acceptation*, une véritable Institution contractuelle contre le vœu de la loi qui ne tolère » ce mode de disposer qu'en faveur de celui » qui se marie, et par son propre contrat » de mariage »!

Ce n'est point là ma pensée: non, le tiers associé à l'Institution contractuelle d'un futur époux, ne deviendrait pas lui-même héritier présomptif contractuel de l'instituant par la simple acceptation qu'il ferait, du vivant de celui-ci, de sa clause d'association; et la raison en est sensible: c'est que sa clause d'association n'est pour lui qu'une libéralité non-seulement révocable, mais à *cause de mort*, dans toute l'étendue du terme, puisqu'elle ne porte pas sur des biens présens, mais sur des biens que l'instituant laissera à son décès; c'est qu'une libéralité à cause de mort, lorsqu'elle est faite autrement qu'en faveur d'un mariage, ne peut être acceptée

(1) On sait que après la mort du donateur, la faculté que l'art. 1121 du Code civil lui laisse, conformément aux lois romaines, de révoquer la donation à l'égard du tiers absent qu'il y a associé, ne passe pas à ses héritiers. *V.* Furgole dans la 5e. de ses *Questions sur la matière des donations*, no 41; Covarruvias, *variæ resolutiones*, liv. 1, chap. 14; et Ricard, *Traité des Donations*, part. 1, no. 874.

efficacement qu'après son ouverture, c'est-à-dire, après le décès de son auteur (1).

Mais cela ne doit ni ne peut empêcher que la clause d'association ne produise tout son effet en faveur de celui qui en est l'objet, lorsque l'instituant est mort sans l'avoir révoquée. Encore une fois, l'ancienne jurisprudence l'avait ainsi réglé; et il n'y a pas un mot dans le Code civil qui y déroge.

Au surplus, rien ne milite avec plus de force contre le système de M. Grenier, que l'extension que ce jurisconsulte est obligé de lui donner pour le soutenir. Forcé de convenir que l'institué manquerait même du plus léger prétexte pour s'approprier toute la succession de l'instituant à l'exclusion du tiers qui lui est associé, il va jusqu'à dire que c'est aux héritiers *ab intestat* de l'instituant qu'appartient la portion comprise dans la clause d'association.

Il est pourtant bien sensible que, si la clause d'association était jugée nulle, elle ne le serait que parcequ'on la regarderait comme implicitement prohibée par l'art. 1082 du Code civil; et que, dès lors, ce ne serait pas au profit de l'héritier *ab intestat*, mais à celui de l'héritier institué que devrait en tourner la nullité, puisque l'art. 900 veut que, dans toutes les libéralités entre-vifs ou à cause de mort, les *conditions impossibles et celles qui seraient contraires aux lois ou aux mœurs*, soient *réputées non écrites*.

Qu'importe que la clause d'association ne soit pas une *condition* proprement dite, mais une *charge* de l'Institution contractuelle, et que l'art. 900 ne porte que sur les conditions?

Il est vrai, comme on peut le voir à l'article *Mode*, que, sous certains rapports, il existe quelque différence entre les *conditions* proprement dites et les *charges* apposées à un acte de libéralité. Mais elles ne diffèrent certainement en rien les unes des autres, quand elles sont ou impossibles, ou contraires aux bonnes mœurs, ou prohibées par les lois; et la preuve qu'elles sont alors également réputées non écrites, est gravée en toutes lettres, comme le remarque Voët (sur le Digeste, liv. 35, tit. 1, n°. 14), dans la loi 37 et dans la loi 71, §. 2, ff. *de conditionibus et demonstrationibus*, dans la loi 5, C. *de institutionibus et demonstrationibus*, et dans la novelle 1re., chap, 1er., au commencement. Ce qui d'ailleurs tranche à cet égard toute difficulté, c'est le que Code civil, art. 1121, qualifie expressément de *condition* la charge imposée à un donataire par le donateur au profit d'un tiers absent, et que, par là, il fait clairement entendre que, si cette charge était, soit impossible, soit contraire aux bonnes mœurs, soit prohibée par les lois, il faudrait y appliquer la disposition générale de l'art. 900.

Que répond à cela M. Grenier? On le croirait à peine, si l'on n'avait pas ses propres termes sous les yeux : « l'art. 900 suppose » une disposition faite à toute personne dans » laquelle il n'y a pas d'incapacité de recevoir, » mais sous une condition bizarre par son » impossibilité, ou choquante par son indé- » cence; et dans ce cas particulier, la loi a » voulu que la condition disparût, et que la » disposition tînt. Mais il n'en est plus de » même lorsque la condition tend à faire pas- » ser à un incapable. Il y a incapacité quand » on veut recueillir des biens dont la dispo- » sition n'a lieu que sous une condition qu'on » ne remplit pas, condition dont l'existence » tient à l'ordre public; ce serait vouloir faire » exécuter une disposition prohibée par la » loi, et prohibée dans l'intérêt des héritiers » du sang. Alors, la nullité de la condition » tourne au profit de ces héritiers qu'on veut » dépouiller illégalement. Tel est le résultat » des art. 911, 1099 et 1100 du Code. C'est aussi » ce qui a eu lieu de tout temps; et Bergier » le fait lui-même observer dans une note sur » le n°. 95 du chap. 4 du traité 2e. *des dis-* » *positions conditionnelles* de Ricard, page » 113 ».

Il est étonnant que des erreurs aussi graves aient échappé à un aussi savant écrivain que M. Grenier.

D'abord, il n'est pas vrai que l'art. 900 ne répute non écrites, dans les dispositions à titre gratuit, que les conditions *bizarres par leur impossibilité, ou choquantes par leur indécence*. Cet article répète littéralement non écrites, non-seulement les *conditions impossibles*, non-seulement les conditions *contraires aux mœurs*, mais encore les conditions *contraires aux lois;* et dès-là, il est évident que, si la condition imposée par une Institution contractuelle au futur époux qui en est l'objet, de s'associer un tiers *non contractant mariage*, était prohibée par l'art. 1082, ce serait au profit de l'héritier institué qu'elle devrait disparaître.

Ensuite, en admettant pour un moment avec M. Grenier que l'on soit, à proprement parler, *incapable* d'être institué contractuellement par cela seul que l'on n'est pas *contractant mariage*, où ce jurisconsulte a-t-il

(1) *V.* l'article *Renonciation*, §. 2.

pris que la condition qui, dans une disposition à titre gratuit, tend à faire passer à un incapable une partie des objets compris dans cette disposition, doive être exceptée de la règle établie par l'art. 900? Où a-t-il pris que, si en instituant Pierre mon héritier universel, je lui impose la condition de partager ma succession avec Paul, et que Paul soit incapable de recevoir, mes héritiers *ab intestat* auront droit à la partie de ma succession dont la disposition se trouve caduque par l'incapacité de Paul?

Il l'a pris, dit-il, dans l'ancien droit et dans le Code civil.

Et comment prouve-t-il que tel était le vœu de l'ancien droit? En renvoyant à une note de Bergier sur un passage du *Traité des dispositions conditionnelles* de Ricard. Mais que dit Bergier dans cette note?

Il commence par rapporter un arrêt du parlement de Paris, du 13 mai 1762, qui a jugé, entre l'héritier institué et la veuve du sieur de Vauban, légataire de l'usufruit d'un bien situé dans une coutume prohibitive des avantages entre époux, que le premier pouvait, en divisant son propre titre, attaquer le legs fait à la seconde, parceque c'était une charge que le testateur lui avait imposée contre la prohibition de la loi, et que, dès-là, elle devait être réputée non écrite.

Puis, il ajoute : « mais si l'héritier légitime » du testateur était intervenu au procès pour » réclamer l'usufruit justement refusé à la » dame de Vauban, s'il se fût présenté pour » dire : *C'est en ma faveur que la prohibition* » *est portée; la loi m'appelle à recueillir tous* » *les biens dont le testateur n'a pas valable-* » *ment disposé; l'héritier institué, qui n'a* » *pour lui que la volonté du testateur, ne* » *peut ni la diviser, ni la contrarier; c'est à* » *moi seul qu'il appartient d'attaquer le legs* » *fait à un incapable, et d'en profiter;* la » question n'eût pas été sans difficulté; nous » en avons parlé dans les notes sur le *Traité* » *des donations*, 3e. partie, chap. 4, sect. 5 ».

Dire qu'en ce cas, *la question n'eût pas été sans difficulté*, ce n'est pas assurément dire qu'elle eût dû être résolue autrement. Mais il y a plus. Bergier renvoie à un passage du *Traité des donations* de Ricard, et aux notes qu'il suppose y avoir ajoutées; eh bien! dans ce passage (auquel on ne trouve aucune espèce de note ajoutée par Bergier), Ricard discute effectivement les prétendues difficultés qui, dans l'espèce de cet arrêt, auraient pu être élevées par l'héritier *ab intestat*, s'il eût été partie dans la cause; et quel cas en fait-il? Aucun. Ce n'est pas, dit-il, en faveur de l'héritier du sang qu'est établie l'incapacité de l'époux légataire de l'usufruit; elle ne l'est que dans l'intérêt de l'ordre public. Ce n'est donc pas à l'héritier du sang que doit profiter la nullité du legs; elle ne doit profiter qu'à l'héritier institué, puisque le testateur l'a préféré à l'héritier du sang, et que par conséquent il est censé avoir voulu que le legs lui demeurât, si le légataire ne pouvait pas le recueillir (1).

C'est précisément ainsi que raisonne la loi 37, D. *de conditionibus* et *demonstrationibus*. Un testateur lègue à Titius un esclave que la loi *Fusia caninia* l'empêche d'affranchir, et il le lui lègue à la charge de l'affranchir lui-même. Question de savoir si le légataire ne pouvant pas remplir la charge qui lui est imposée au mépris de la loi, le legs doit tourner au profit de l'héritier, ou si le légataire doit le conserver sans remplir cette charge? La loi répond que, le testateur ayant préféré le légataire à l'héritier, il n'y a point de doute que le legs ne doive recevoir sa pleine exécution (2); et Godefroi, dans ses notes sur ce texte, en conclud que *onus injunctum si deficit, cedit lucro ejus cui erat injunctum: et sic in re legatâ, legatarius censetur magis dilectus quàm heres.*

Voyons maintenant si le Code civil déroge, en ce point, à l'ancien droit.

C'est par les art. 911, 1099 et 1100 du Code

(1) Ceci s'applique avec d'autant plus de justesse à la clause d'association, en la supposant prohibée par le Code civil, que M. Grenier lui-même en présente la prétendue nullité comme tenant, dans son opinion, à *l'ordre public*. Il serait assez singulier, d'après cela, que cette prétendue nullité ne fût établie que *dans l'intérêt des héritiers du sang*. Dans l'exacte vérité, elle n'est établie dans leur intérêt, que de la même manière que l'est celle des dispositions qui, soit au fond, soit dans la forme, contreviennent à la loi. Or, si à une Institution d'héritier était apposé, comme charge ou condition, un legs qui, soit à raison du fond, soit à raison de la forme, serait annulé par la loi, à qui la nullité en profiterait-elle? A l'héritier du sang? Non sans contredit : elle ne profiterait qu'à l'héritier institué. *V.* les conclusions du 12 août 1811, rapportées à l'article *Légataire*, §. 2, n°. 18.

(2) *Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita ut eum legatarius manumitteret, etsi à legato non repellatur, non est compellendus ut manumittat, quoniam toties secundùm voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum : idque, Neratius scripsit : et tamen à legato non esse eum repellendum : quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo quàm heredem habere voluisset.*

civil que M. Grenier prétend prouver que la nullité de toute disposition prohibée, ne peut tourner qu'au profit des héritiers du sang.

Mais de quoi s'occupent ces articles? Ils s'occupent notamment des dispositions faites par interposition de personnes au profit d'incapables, c'est-à-dire, des dispositions faites par des voies détournées et secrètes en fraude des lois prohibitives, des dispositions que le droit romain qualifie de *fidéicommis tacites*.

Et que font-ils de ces dispositions? Ils se bornent à les déclarer nulles; mais comme ils les déclarent telles sans distinction entre la personne incapable et la personne interposée, ils font entendre assez clairement qu'elles ne doivent pas avoir plus d'effet en faveur de la seconde qu'en faveur de la première. Comment en effet la nullité dont une pareille disposition est entachée à l'égard de l'incapable, pourra-t-elle tourner au profit de son prête-nom? Non-seulement il serait absurde que le complice d'une fraude en retirât tout l'avantage qu'elle tendait à procurer à un autre; non-seulement ce serait aller directement contre la maxime, *nemini fraus aut dolus patrocinari debet;* mais il n'y a même plus ici de prétexte pour que la personne interposée puisse réclamer l'application du principe que la nullité de la charge dont est grevée une donation ou un legs, tourne au profit du donataire ou légataire. Otez le masque dont le nom de la personne interposée couvre la donation ou le legs, que reste-t-il? Rien qu'une disposition faite *immédiatement* au profit d'un incapable, rien par conséquent qui soit susceptible de l'application du principe dont il s'agit.

Mais assurément on ne peut pas argumenter de là pour excepter de l'application de ce principe, la nullité de la charge apposée ouvertement et par acte public à une donation ou à un legs en faveur d'un incapable; et la preuve en est dans la différence que mettaient les lois romaines entre le fidéicommis tacite et le fidéicommis patent dont un incapable était l'objet : en même temps que, dans le cas du premier, elles déclaraient l'héritier institué qui avait promis secrètement de l'exécuter, et l'incapable en faveur duquel il en avait promis l'exécution, également *indignes* d'en recueillir l'effet; elles voulaient que, dans le cas du second, la charge de rendre à l'incapable, fût considérée comme non écrite, et que la chose fidéicommissée demeurât à l'héritier institué. Ceci résulte notamment de la loi 3, D. *de jure fisci*, comme le remarque Voët, sur les Pandectes, liv. 34, tit. 9, n°. 5.

Il est donc clair, plus clair que le jour, que, si la clause d'association *d'un non-contractant mariage*, à l'association contractuelle d'un futur époux, était nulle, comme le prétend M. Grenier, ce ne serait pas au profit des héritiers du sang, mais bien au profit de l'héritier institué, que la nullité tournerait.

Il est vrai qu'un arrêt de la cour royale de Bourges, du 19 décembre 1821 (1), a jugé tout à la fois et que la clause d'asssociation à l'Institution contractuelle est nulle à l'égard de l'associé contractant mariage, et qu'encore que l'institué ne puisse pas en opposer la nullité à celui-ci, les héritiers du sang ont qualité pour la faire valoir et en recueillir le bénéfice.

Mais cet arrêt ne peut être d'aucun poids, parcequ'il n'est motivé sur rien quant au second point; et qu'à l'égard du premier, il se borne à dire qu' « une Institution contractuelle ne peut avoir lieu que par contrat » de mariage en faveur des époux et leurs » enfans », principe incontestable, mais qui ne résoud nullement la question.]]

X. Auroux des Pommiers (dans ses Additions à son *Commentaire sur la coutume de Bourbonnais*, part. 1, add. 76, page 44) nous retrace un arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 12 mars 1736, par lequel il a été jugé, au rapport de M. de Vienne, « à l'égard de deux Institutions réciproques » faites par deux frères dans un contrat de » mariage de l'un, que celle faite au profit » du frère qui ne contractait pas mariage, » par celui qui contractait, était valable, et ce » à cause de la réciprocité des institutions; » M. le rapporteur (ajoute-t-il) s'expliqua, » et dit que, les Institutions des deux frères » étant réciproques, l'Institution que l'un » avait faite au profit de l'autre, était une » condition de celle dont il se trouvait en » même temps gratifié, d'autant que l'une » n'aurait pas été faite sans l'autre; d'où il » restait à conclure, que celle faite en faveur » du frère qui ne contractait pas mariage, » devait valoir comme condition ou comme » une convention réciproque, dont le bénéfice dépendait de la survie ».

XI. La coutume de Liége établit une exception beaucoup plus générale au principe que les époux et leurs enfans à naître peuvent seuls être institués contractuellement. Elle porte, chap. 2, art. 5, que « promesse faite à » un enfant de partir également avec ses frères

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1822, supplément, page 111.

» et sœurs, profite aux autres frères et sœurs » pour la même succession, ne soit qu'au traité » où la promesse est faite, le prometteur s'est » réservé le pouvoir d'en disposer autrement ».

L'art. 16 des Placités de 1666 nous offre la même disposition pour la Normandie : « la » promesse faite par les père, mère ou » autre ascendant, de garder la succession à » un de ses enfans, a aussi son effet pour les » parts qui doivent revenir aux autres en- » fans ».

[[Cette règle, qui était absolument particulière aux coutumes de Liége et de Normandie, est abrogée par le Code civil. *V.* la loi du 30 ventôse an 12, art 7.]]

§. VI. *De quelques clauses à l'égard desquelles on peut douter si elles emportent Institution contractuelle.*

I. Lorsque l'Institution contractuelle est exprimée en termes clairs et précis, il ne peut point y avoir de difficultés sur son exécution; *cùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio.* Loi 25, §. 1, D. *de legatis* 3°.

Mais il arrive assez souvent qu'une rédaction obscure ou équivoque laisse des doutes sur la véritable intention des parties, et alors c'est aux jurisconsultes à bien peser les termes dont on s'est servi. Nous allons parcourir et apprécier les clauses les plus communes en cette matière; ce que nous en dirons pourra faire juger de ce qu'on doit penser par rapport à d'autres semblables.

II. La simple promesse d'instituer héritier a-t-elle le même effet qu'une Institution ?

L'affirmative ne souffre aucune difficulté. Cette promesse étant faite dans un contrat de mariage, doit être considérée comme le fondement de l'établissement des époux, et cela suffit pour la rendre irrévocable. Maynard dit que la chose a été ainsi jugée par plusieurs arrêts du parlement de Toulouse.

C'est ainsi que la promesse que fait une fille, en se mariant, de renoncer à la succession de son père et de sa mère, a tout l'effet d'une véritable renonciation, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Paris, du 14 juillet 1635, rapporté par l'additionnaire de Loüet.

On peut encore appliquer ici ce qu'a écrit Dumoulin pour prouver que quelquefois la simple promesse de vendre équivaut à une vente, et produit des droits seigneuriaux : *scilicet si verba obligativa et mens referantur ad actum præsentem, et omnia ad substantiam actûs requisita præstò sint : quia tunc licet non sonantur verba sonantia in futurum, ut,* promitto rem talem tanti vendere, tradere et intrà tot dies instrumentum authenticum sub tali sigillo, putà Parisiensi, conficere, *nihilominùs celebratur actus de præsenti, attentâ intentione partium, dispositione et capacitate materiæ subjectæ.*

Laurière propose à ce sujet une question intéressante : « Qu'on suppose (dit-il) dans » un pays coutumier, que celui qui a fait la » promesse d'instituer, l'ait ensuite exécutée » en faisant son testament, l'héritier tien- » dra-t-il son droit du testament, ou le tien- » dra-t-il du contrat de mariage ? Il est » certain qu'il ne le tiendra point du tes- » tament, parceque toute Institution faite » par testament est nulle, à l'effet de faire » un héritier ».

On peut ajouter que l'Institution n'étant faite par testament qu'en exécution de la promesse contenue dans le contrat de mariage, c'est à ce dernier acte qu'on doit la rapporter, comme à sa source primitive, suivant ce grand principe *à primordio tituli posterior formatur eventus.*

Cette raison ne s'applique pas moins aux pays de droit écrit qu'aux pays coutumiers.

III. On a douté autrefois si la promesse que fait un père en mariant son fils, de lui laisser dans sa succession une part égale à celle de ses autres enfans, équivaut à une Institution contractuelle.

Un arrêt du parlement de Paris, du 4 juin 1625, rapporté par Bardet, a adopté l'affirmative, sur les conclusions de M. l'avocat général Talon. Il s'agissait d'une mère qui, après avoir promis, en mariant sa fille, de ne point avantager un de ses enfans plus que l'autre, avait fait des donations et des legs excessifs à son fils. L'arrêt réduisit tous ces avantages à une somme de 3000 livres, dont la mère s'était réservé la libre disposition, par le contrat de mariage de sa fille.

Cette opinion, qui n'a plus aujourd'hui de contradicteurs, est encore appuyée d'un arrêt du 2 septembre 1681, rapporté au *Journal du palais.* Le sieur Charlet ayant un fils unique d'un premier mariage et point d'enfans d'un second, en contracte un troisième, et s'oblige par le contrat de ne point avantager son fils aîné plus que ses autres enfans à naître. De ce dernier lit sont nés cinq enfans, quatre filles et un fils. Deux filles entrent en religion, et une troisième épouse le sieur Ribier. Le père fait un testament par lequel, en instituant ses deux fils légataires universels, il les substitue réciproquement l'un à l'autre; en cas de décès sans

enfans légitimes, il appelle à la substitution le second fils de la dame Ribier : à l'égard de la quatrième fille, il la réduit à sa légitime. Cette dernière ayant attaqué le testament, l'arrêt cité, rendu à la grand'chambre, a ordonné que les trois enfans, sans avoir égard au testament, partageraient également les biens de leur père.

[[On ne pourrait plus juger de même aujourd'hui dans cette espèce particulière; non que la promesse d'égalité n'équivaille encore à une Institution contractuelle, mais parcequ'un futur époux ne peut plus instituer contractuellement ses enfans à naître. *V.* ci-devant, §. 5. nº. 4.]]

Desjaunaux et Pollet rapportent, le premier, tome 3, §. 39, et tome 4, §. 135, le second, partie 3, §. 70, des arrêts du parlement de Flandre, des 16 janvier 1690, 12 mai 1703 et 7 mars 1710, [[qui ont pareillement jugé qu'une promesse d'égalité faite par un père à son enfant en le mariant, a pour celui-ci tous les effets d'une Institution contractuelle dans sa portion héréditaire *ab intestat.*]]

On en trouvera ci-après plusieurs autres qui ont confirmé le même principe et en ont déterminé l'application.

Nous avons même sous les yeux deux arrêts de la cour souveraine de Mons, des 16 octobre 1720 et 19 septembre 1721, par lesquels il a été jugé qu'un père ayant promis, en mariant sa fille, qu'elle aurait une part égale à celle de ses autres enfans, tant dans sa succession que dans celle de sa femme, celle-ci n'avait pu, dans la suite, disposer, au préjudice de cette promesse, des biens qu'elle avait acquis en viduité, parcequ'elle avait accepté la communauté, et que par-là elle s'était soumise aux obligations contractées en son nom par son mari.

Une question qui trouve naturellement ici sa place, est de savoir si un père qui promet à un de ses enfans puînés une part égale à celle des autres, est censé déroger au droit d'aînesse?

Cette question n'en est point une pour les coutumes où le droit d'aînesse ne peut être neutralisé ni diminué par les dispositions du père; mais elle est très-importante pour l'Artois, la Flandre, le Hainaut, et les autres provinces où il est permis de déroger à ce droit.

Lebrun propose une espèce assez analogue à la nôtre :

« Un père (dit-il) ayant marié son fils aîné, et l'ayant institué son héritier par son contrat de mariage, à la charge de donner à ses frères et à ses sœurs leurs parts et portions, on demande si l'aîné retiendra par ses mains son droit d'aînesse, ou s'il leur doit des portions égales?

» La raison de douter est que ceux qui sont institués héritiers purement et simplement, sont présumés l'être pour des portions égales (lois 10 et 11, D. *de heredibus instituendis*).

» Il faut dire néanmoins que le fils aîné aura son droit d'aînesse, et qu'il ne doit à ses frères et à ses sœurs que tel es parts et portions qu'ils auraient eues *ab intestat :* parcequ'en ce cas, l'Institution est un avancement d'hoirie et une assurance de la succession future. C'est ainsi que, quand un père lègue à son aîné sa part afférente, quoiqu'il vienne en exécution du testament, il aura son droit d'aînesse, parcequ'il est légataire de ce qu'il aurait eu *ab intestat*, et en tous cas la succession *ab intestat* détermine ce qui est commun dans le legs ou dans l'Institution contractuelle..... ».

Il résulte évidemment de ce passage, que la simple promesse de laisser à un enfant sa portion héréditaire, n'est point une dérogation au droit d'aînesse. Mais que faudrait-il décider dans le cas où, au lieu de promettre une part héréditaire, on aurait promis une part égale à celle des autres enfans? La jurisprudence paraît ne mettre aucune différence entre ce cas et le précédent. On présume que l'instituant n'a pas entendu parler d'une égalité parfaite, mais seulement d'une égalité coutumière, et en conséquence on règle le partage entre l'aîné et les puînés sur le pied de la coutume.

C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts.

Il y en a trois, entre autres, du parlement de Paris, qui méritent une attention particulière.

Le premier rendu le 27 novembre 1727, entre Jean-Jacques de Bosle et consorts, et Pierre Hugues Dieu, a adjugé à un aîné le préciput que la coutume lui accordait, quoiqu'on le lui disputât en vertu d'une clause conçue en ces termes : *si partira ès successions tant mobilières qu'immobilières, après le décès d'iceux donateurs, avec ses frères et sœurs également.*

Le second, intervenu le 30 juillet 1735, entre les nommés Catouillart, a pareillement conservé le droit d'aînesse à un aîné, nonobstant un contrat de mariage dans lequel il était dit qu'un cadet *partagerait la succession immobilière avec ses frères et sœurs également et sans réserve.* Cet arrêt a infirmé

une sentence du conseil d'Artois, du 15 février 1734.

Le troisième qui est du 3 août 1747, a précisément jugé la même chose au profit de Jacques Hutton. Dans l'espèce dont il s'agissait, le père et la mère, en mariant une fille puînée, avaient stipulé *qu'elle viendrait en partage égal en toutes leurs successions tant mobilières qu'immobilières, de telle nature, qualité, condition et situation qu'elles puissent être.* Cet arrêt a pareillement infirmé une sentence du conseil d'Artois; et il paraît par une autre sentence du 4 mars 1698, rendue entre Pierre Flipe d'une part, Albert Poyart et Marguerite Flipe, sa femme, d'autre, que ce tribunal tenait autrefois assez fortement à la jurisprudence contraire; car ce dernier jugement déboute un aîné de sa demande en droit d'aînesse, par la seule raison qu'il était stipulé dans son contrat de mariage, que *tous les biens immeubles acquis par les père et mère du futur mariant pendant leur conjonction, seraient partagés par égales portions entre tous leurs enfans.*

Les arrêts que nous venons de citer, font voir que l'opinion adoptée par cette sentence, n'a point été reçue au parlement de Paris; en voici un autre qui prouvera qu'elle est également rejetée au parlement de Flandre.

Le sieur et la dame Pamart, en mariant leur fille au sieur Dufour, avaient *accordé représentation aux enfans à naître de cette conjonction en leurs successions mobilière et immobilière, pour y faire une tête, et avoir part égale à l'encontre de leur oncle, ou autre le représentant.* La dame Dufour mourut avant son père et sa mère, laissant une fille: après le décès de ces derniers, le sieur Dufour demanda, au nom de sa fille, que leur succession fût partagée sans préciput d'aînesse. Le sieur Pamart fils s'opposa à sa demande, et l'en fit débouter par arrêt du 11 juillet 1765, au rapport de M. Hennet: le sieur Dufour prit des lettres de révision contre cet arrêt; mais par un autre rendu, les chambres assemblées, le 8 février 1768, au rapport de M. Hériguer, il a été déclaré qu'erreur n'y était intervenue.

La simple promesse d'une part égale ne suffit donc pas, aux termes de ces arrêts, pour déroger au droit d'aînesse; mais si elle était accompagnée de quelque clause assez précise pour faire présumer une intention contraire dans celui qui l'a faite, il faudrait, sans difficulté, admettre la dérogation: on peut en juger par un arrêt du parlement de Flandre, du 27 juillet 1690, qui a déclaré qu'il n'y avait pas lieu au droit d'aînesse dans une succession à laquelle le testateur avait appelé ses deux frères, par une Institution universelle, dans tous ses biens *patrimoniaux et acquêts, héritages, constitutions de rentes, meubles, or et argent monnayés, de quelque nature et condition qu'ils fussent, pour être partagés également entre eux, sans que l'un pût prétendre plus grand droit que l'autre.* Cet arrêt est rapporté par Pollet.

[[Il ne peut plus y avoir de question sur tout cela dans les successions ouvertes depuis l'abolition du droit d'aînesse. *V.* les articles *Aîné* et *Succession.*]]

Il nous reste une observation essentielle à faire sur les promesses d'égalité: c'est qu'on ne doit pas toujours les considérer comme Institutions contractuelles, mais quelquefois comme donations entre-vifs. « Si quelqu'un (dit Lebrun) en mariant sa fille, promet seulement de ne point avantager ses autres enfans à son préjudice, cette promesse d'égalité semble être faite par forme d'Institution contractuelle, et être relative au temps de la mort; mais si quelqu'un promet à sa fille en la mariant, que s'il avantage ses autres enfans au-delà de ce qu'il lui donne en mariage, il sera tenu de l'égaler: en ces cas la promesse d'égaler est donation conditionnelle; en sorte que, quand le père aura avantagé un autre enfant, la fille aura action pour son également, et hypothèque du jour de son contrat de mariage ».

Cette hypothèque n'a point lieu dans quelques pays de *Nantissement. V.* ce dernier mot.

[[Elle n'a plus lieu dans aucune partie de la France, si elle n'est stipulée spécialement; et dans ce cas même, elle n'a son effet qu'au moyen d'une inscription hypothécaire. *V.* les articles *Hypothèque,* sect. 2, et *Inscription hypothécaire.*]]

IV. C'est une question si un père, qui, en mariant un de ses enfans, lui fait une donation par préciput et sans rapport, dans les coutumes qui le permettent, est censé lui promettre égalité, et conséquemment l'instituer contractuellement dans le surplus de ses biens?

Lebrun embrasse l'affirmative, et cette opinion a quelque chose de spécieux qui séduit à la première vue.

Furetière et plusieurs lexicographes définissent le *préciput,* « un avantage qui appartient » à quelqu'un dans une chose à partager, une » portion qu'on prélève et qu'on met à part » avant de partager le reste »: or, que deviendrait cet avantage, s'il restait à ceux qui le

font, la liberté de réduire à sa légitime celui qui le reçoit, ou de donner moins que sa portion virile à celui qu'on a favorisé d'un préciput? Comment concevoir qu'un enfant à qui on donne un préciput, puisse dans la suite avoir moins que celui auquel on n'a rien promis?

Dumoulin dit, dans son conseil 59, que donner quelque chose par contrat de mariage, *irrévocablement* et *sans prévention*, est autant que si l'on donnait par *préciput*, auquel cas l'enfant ainsi avantagé doit avoir son préciput, outre sa portion virile: *Aliud est enim dicere*, en avancement ou anticipation; *aliud dicere*, en prévention, *quod importat ut jure præcipui vel præceptionis ultrà partem virilem vel ultrà alios habeatur.*

Théophile, dans ses *Institutes*, §. 2, tit. *de legatis*, dit que la disposition qui accorde un préciput, suppose que le précipué aura une portion dans la succession de la personne qui l'avantage: *Præcipuum non dubiè declarat partem aliquam hereditatis.*

Enfin, on prétend que cette opinion a été formellement adoptée par deux arrêts du parlement de Dijon, des 21 janvier et 27 mars 1686, rapportés par Taisand sur la coutume de Bourgogne. Ce qu'il y a de certain, c'est que, dans les papiers de M. Brûlart, premier président, qui avait prononcé ces deux arrêts, on a trouvé une note écrite de sa main sur les deux factums, portant qu'il avait été jugé, dans l'une et l'autre espèce, « que la stipulation d'un préciput dans un contrat de mariage était une convenance de succéder à laquelle on ne pouvait pas déroger; et que le moins qu'on pouvait laisser au précipué dans la succession, au-delà du préciput, était sa part *ab intestat* ». On ajoute que le parlement de Besançon a suivi la même jurisprudence par un arrêt du 28 juin 1691.

Telles sont les raisons qu'on emploie pour justifier l'avis de Lebrun: celles qui le combattent, paraîtront sans doute plus convaincantes: en voici le détail.

Les donations entre-vifs, pures et simples, faites aux enfans dans leurs contrats de mariage, sont sujettes au rapport, et s'imputent dans la légitime: c'est la décision des lois romaines, la doctrine des meilleurs interprètes, et le droit commun de la France; cependant le droit romain, et plusieurs de nos coutumes, permettent aux pères et aux mères d'avantager quelques-uns de leurs enfans, sans assujétissement au rapport ni imputation dans la légitime.

Nos auteurs, pour exprimer ces libéralités, ont indistinctement employé les termes de *préciput*, *avantage*, *hors part*, *sans rapport*, tous synonymes, qui n'ont pas une signification plus étendue l'un que l'autre.

Ces expressions ôtent bien aux pères et aux mères la liberté de faire rétablir dans la masse des biens la chose donnée, pour être partagée avec les co-héritiers du donataire; elles assurent bien à celui-ci le droit de la prendre hors part, sans être obligé de l'imputer sur sa légitime ou portion héréditaire, comme ferait un étranger; mais elles n'emportent point une Institution contractuelle dans une part égale avec les autres co-héritiers: en effet, un père ne peut-il pas, sans autre raison que celle de sa volonté, soit réduire à sa légitime, l'aîné qui a un préciput, ou ne lui assigner qu'une portion inférieure à celle qu'il aurait *ab intestat?* Ce préciput cessera-t-il de l'être, si dans le surplus de ses biens le père ne donne pas à son fils une part égale à celle des autres enfans? Ce que dit à ce sujet Cujas sur la loi 2, D. *de fundo instructo et instrumento legato*, est décisif: *Pater pluribus filiis ex disparibus partibus heredibus institutis, duobus ex eis prælegavit bona quæ ab aviâ ei obvenerant; ex hoc loco rectè poteris interpretari prælegare esse præter hereditarias partes præceptionem dare.* Voilà un préciput dans une succession divisée par le père en portions inégales; on ne peut rien de plus clair.

Le préciput donné par le père ou la mère, les lie si peu, que, par plusieurs de nos coutumes, le fils aîné qui a un préciput, peut être réduit à sa légitime; et c'est si peu une Institution contractuelle, que, dans plusieurs autres coutumes, une donation par préciput et sans rapport serait nulle, tandis qu'une Institution contractuelle subsisterait.

Tout l'avantage que les meilleurs auteurs donnent au préciput, est de n'être pas imputé sur la légitime; donc la donation par préciput ne suppose pas une Institution contractuelle dans une portion égale du surplus des biens.

D'ailleurs, on doit interpréter les obscurités et les équivoques d'une donation de la manière la moins défavorable au donateur. Duaren, le président Favre, Mantica, Cancerius et Tessaurus mettent ce principe dans la plus grande évidence. C'est donc au donataire qui a stipulé la donation par préciput, de s'imputer de n'avoir pas stipulé une Institution d'une portion égale dans le surplus des biens du donateur; autrement, ce serait tendre des piéges à la simplicité des hommes, et donner à leurs paroles un sens contraire à celui qu'ils ont effectivement pensé.

Enfin, les Institutions sont contraires au

droit, et par cette raison il faut qu'elles soient expresses. Lorsque quelques-unes de nos coutumes en ont parlé, comme celles du Maine, art. 262, et d'Anjou, art. 245, elles ont exigé qu'elles se fissent *déclarément*. Si donc un père qui avantage un de ses enfans par une donation *de préciput*, veut ajouter à sa libéralité une Institution contractuelle dans une portion égale du surplus de ses biens, il doit l'énoncer *déclarément*; et s'il ne le fait pas, on doit présumer qu'il ne l'a pas voulu.

Les autorités de Dumoulin et de Théophile ne sont pas contraires à cette assertion. Dumoulin, à l'endroit cité plus haut, parle d'une donation *par préciput* dans le cas d'une succession *ab intestat*; mais on voit dans son conseil 36 la différence qu'il met entre la donation *par préciput* et l'Institution contractuelle.

A l'égard de Théophile, il dit bien que le préciput suppose que l'enfant précipué aura une portion dans la succession de celui qui l'avantage, *partem aliquam hereditatis*; mais il ne dit pas que cette portion ne pourra être moindre que celle de ses co-partageans; il suppose au contraire qu'elle pourra n'être pas égale, puisqu'il emploie les mots indéterminés, *aliquam partem*. Cet enfant, outre son préciput, aura donc au moins sa légitime, sur laquelle le préciput ne peut être imputé : ainsi, de quelque manière que ce soit, le préciput sera toujours un avantage très-réel.

Les arrêts du parlement de Dijon, qu'on oppose, n'ont pas jugé ce qu'on leur prête. Dans celui du 21 janvier 1686, la mère qui avait fait le préciput, avait ordonné, par son testament postérieur qui fut cassé, que la légitime de l'enfant précipué serait prise sur sa donation : d'ailleurs Taisand observe qu'il y avait preuve que la mère avait fait son testament en haine de ce que son fils avait embrassé la religion catholique.

Quant à celui du 27 mars de la même année, Taisand dit avoir appris des juges qui l'ont rendu, qu'il fallait bien se garder d'en faire une règle; qu'il n'avait passé qu'après beaucoup de difficulté, et sur des circonstances particulières : en effet, il paraît que le testament était fortement argué de suggestion.

La note mise par M. Brûlart, sur les factums de ces deux affaires, était relative au fait particulier sur lequel les arrêts avaient été rendus; et ce magistrat ne dit pas que ce fût son sentiment.

Enfin, ce qui prouve que le parlement de Dijon n'a point entendu juger la question par ces arrêts, c'est qu'il en a rendu un tout contraire, le 6 mars 1708, entre Philibert Barberet et François Gagnerot.

Le parlement de Besançon a jugé de même peu de temps après, par un arrêt dont voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par Augeard.

La dame Sayre, domiciliée à Dijon, avait eu de son mariage avec le sieur Richard, un garçon et deux filles. En mariant son fils, elle lui fit des avantages considérables *par préciput et sans rapport*. Par son testament du 5 juin 1704, elle légua à Judith Thomas, sa petite-fille, une somme de 6000 livres et un meuble de damas : elle ajouta qu'elle se réservait la liberté de disposer par codicille de ses meubles meublans, linge, vaisselle, comme elle le jugerait à propos; et que, n'en disposant pas, elle les donnait à Jeanne et Denise Richard, ses filles, excepté son coffre-fort que son fils prendrait vide.

La dame Sayre étant morte sans avoir fait d'autre disposition, le sieur Richard a prétendu que ses sœurs devaient imputer sur leur part héréditaire les legs faits à elles ou à leurs enfans, sur le fondement que la donation qui lui avait été faite *par préciput et sans rapport*, ne permettait pas à leur mère d'avantager un autre enfant, et de faire aucun legs au préjudice de la part qu'il devait avoir dans sa succession *ab intestat*.

Le sieur Thomas, mari de Jeanne Richard, et père de Judith Thomas, et Denise Richard, soutenaient au contraire que leurs legs ne devaient pas être imputés sur leur part dans la succession, parceque la donation faite par leur mère au sieur Richard, ne l'avait point liée de manière à ne pouvoir avantager ses autres enfans.

La contestation portée aux requêtes du palais de Dijon, il fut ordonné par sentence du 16 décembre 1704, que, sur les effets de la succession de la dame Sayre, le meuble de damas et les 6000 livres légués par elle à Judith Thomas, seraient prélevés avec les intérêts du jour de la demande; sauf à imputer par Jeanne Richard, sa mère, sur sa portion héréditaire, les 6000 livres et le meuble qui, à cet effet, serait estimé par experts dont les parties conviendraient, si mieux n'aimait, le sieur Thomas, que le sieur Richard lui payât sa part du legs, et la reprît sur les effets de la succession.

Sur l'appel interjeté de cette sentence par le sieur Thomas, le procès a été évoqué au parlement de Besançon, et par arrêt rendu

à la grand'chambre le 17 août 1708, la cour a mis l'appellation et ce au néant; émendant, a condamné l'intimé au paiement du tiers du legs de 6000 livres et du meuble de damas, et aux intérêts du jour de l'assignation donnée en première instance; a débouté l'intimé de l'imputation qu'il prétendait faire de ce legs sur la portion héréditaire de Jeanne Richard dans la succession de sa mère, sous prétexte du préciput qui lui avait été donné, et a ordonné que le legs des meubles meublans, linge et vaisselle, fait par le testament, serait délivré aux légataires.

[[IV *bis*. A plus forte raison ne résulterait-il pas une Institution contractuelle de la clause par laquelle un père, en mariant un de ses enfans, et lui faisant une donation, le chargerait d'en rapporter le montant à la masse de sa succession, pour être partagé avec ses autres biens entre tous ses enfans suivant le droit qu'ils pourraient y avoir; et l'on verra ci-après, n°. 8 *bis*, qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt de la cour d'appel de Douai, du 28 juillet 1812, confirmé par la cour de cassation, le 13 janvier 1814.]]

V. On a demandé si la clause suivante contenait une promesse d'égalité, ou si elle laissait le père et la mère libres de réduire un de leurs enfans à sa légitime : « Et advenant que » la demoiselle mariante se remariât, il est » dit et conditionné qu'elle prendra la jouis» sance de l'hôtel et jardin de Cavrines, et » qu'elle sera tenue audit cas *faire partage* » *de la moitié de tout son bien et revenus*, » *tant échus qu'à échoir, aux enfans de ce* » *présent mariage, comme pareillement ledit* » *sieur mariant sera tenu faire* ».

Le contrat de mariage dont cette clause faisait partie, avait été passé le 18 janvier 1594, entre Antoine du Chastel et Anne de Récourt.

La femme étant morte la première, laissant plusieurs enfans, le mari passa en secondes noces, en 1614, avec Lamberte de Croix, et par-là donna lieu au partage de la moitié de ses biens en faveur des enfans de son premier lit.

Ce partage fut fait avec beaucoup d'inégalité; Marie du Chastel, entre autres, se trouva réduite à sa légitime.

Elle épousa Antoine de Créquy, dont elle eut une fille, qui, après sa mort, prit des lettres de rescision contre le consentement qu'avait donné sa mère au partage fait par Antoine du Chastel.

L'affaire portée en 1666 au grand conseil de Malines, et évoquée au parlement de Flandre, après les conquêtes de Louis XIV, toutes les opinions se sont réunies pour écarter les fins de non-recevoir qu'on opposait à l'entérinement des lettres; « mais au fond, il a été » jugé (dit le président d'Hermanville) que la » promesse de faire partage de la moitié de » son bien aux enfans du premier mariage en » cas de secondes noces, n'acquiert pas à ces » enfans une part certaine dans cette moitié » de biens; mais qu'il est réservé au survi» vant de se remarier, d'avantager l'un de ses » enfans du premier lit plus que l'autre, et » de réduire les filles à leur légitime en fa» veur des mâles ».

L'arrêt a été rendu en 1692; la dame de Créquy s'étant pourvue en révision, il a été jugé, à la presque unanimité, qu'il n'était point intervenu d'erreur.

VI. On a fait voir à l'article *Héritier*, sect. 3, §. 2, que les déclarations ou reconnaissances d'aînés et héritiers principaux sont de véritables Institutions contractuelles; et c'est ce qu'a encore jugé le célèbre arrêt du 3 août 1735, que nous rapporterons ci-après, §. 8.

Si cependant la déclaration ou reconnaissance ne comprenait qu'un bien particulier, elle ne formerait qu'une donation entre-vifs. C'est ce qui a été jugé dans l'espèce suivante.

Le sieur et la dame Leroi marièrent leur fils aîné, avec la clause *de donation au futur époux en avancement d'hoirie, comme au fils aîné et principal héritier de la terre et seigneurie de Bruneville, appendances et dépendances.*

Par un testament postérieur, ils disposèrent de tous leurs meubles et acquêts au profit de leur puîné. Après leur mort, l'aîné demanda la nullité du testament, et l'exécution de l'Institution contractuelle qu'il disait renfermée dans son contrat de mariage.

De son côté le puîné soutint que les dernières dispositions de son père et de sa mère étaient valables; que le contrat de mariage de son frère ne leur avait pas lié les mains; que la reconnaissance d'héritier qu'ils avaient consignée dans cet acte, n'avait pas affecté la masse de l'hérédité.

Les échevins d'Arras, devant lesquels cette contestation fut d'abord portée, déclarèrent le testament nul, et ordonnèrent le partage des successions conformément à la coutume.

Sur l'appel, un jugement du conseil d'Artois, du 18 mars 1752, a mis l'appellation et ce au néant, émendant, a ordonné l'exécution

pure et simple du testament du père et de la mère des parties.

L'aîné en a appelé à son tour, mais inutilement; la décision du conseil d'Artois a été confirmée par arrêt du parlement de Paris, du 20 janvier 1753, sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury.

VII. Si une reconnaissance d'héritier principal emporte Institution contractuelle dans une part d'aîné, on doit dire, par la même raison, qu'une reconnaissance d'héritier simple équivaut à une Institution contractuelle dans une part ordinaire. C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris, par l'arrêt suivant, qui est rapporté dans la *collection de jurisprudence* de Denisart.

Louis Joly et Marie Lucas, domiciliés à Amiens, en mariant leur fille au sieur Le Cointe, *la reconnurent pour leur héritière à l'effet de partager avec les autres enfans les biens qu'ils délaisseraient.* Louis Joly ayant depuis fait un testament contenant différens legs et prélegs en faveur des autres enfans, il s'est agi de savoir si le contrat de mariage de la fille renfermait une Institution contractuelle emportant la prohibition d'avantager les autres enfans au préjudice de la dame Le Cointe. Par arrêt du 21 mai 1762, rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Julien, il a été ordonné que la succession serait partagée également et sans aucun prélèvement de la part des enfans avantagés par le testament.

VIII. Dans les coutumes qui excluent la représentation, soit en ligne collatérale, comme celle de Paris, soit en ligne directe, comme celles de la gouvernance de Douai, de Ponthieu, de Boulonnais, de Châulny (et celle d'Artois, avant les lettres-patentes du mois d'avril 1773), la clause d'un contrat de mariage portant que les enfans à naître des futurs époux, représenteront leur père et leur mère dans telle ou telle succession, forme-t-elle une Institution contractuelle?

La négative semblerait ne devoir éprouver aucune difficulté. 1°. Une pareille stipulation ne sert qu'à réparer la rigueur des coutumes qui rejettent la représentation; elle ne doit donc opérer rien de plus que la représentation légale. 2°. S'il en était autrement, il s'ensuivrait que les représentans auraient plus de droit que les représentés; car celui qui accorde la représentation aux enfans à naître du mariage de son fils ou de sa fille, n'engage à rien envers les époux: comment donc concevoir qu'il ait voulu se lier envers leurs enfans?

Malgré ces raisons, on a jugé fort longtemps que le rappel stipulé par un contrat de mariage, emportait Institution contractuelle.

Brodeau en rapporte un arrêt du 18 février 1641, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Talon.

Le Journal des Audiences nous en fournit un semblable du 6 mars 1660, confirmatif d'une sentence des requêtes du palais et rendu sur les conclusions du même magistrat.

La même chose a été jugée au parlement de Flandre, par arrêt du 26 juillet 1691, confirmé en révision le 15 juillet 1695, par un autre du 11 janvier 1703, et par un troisième du 14 avril 1706 : on les trouve tous dans le recueil de Pollet.

Brunel, dans ses *Observations sur le droit coutumier*, rapporte des sentences semblables du conseil d'Artois, des 29 avril 1690, 4 mars 1698 et 6 juillet 1701. Le même auteur ajoute que ce tribunal a cependant jugé le contraire le 25 mars 1695; mais que sa sentence, qui en avait infirmé une des mayeur et échevins d'Arras, a été elle-même infirmée par arrêt du parlement de Paris, du 14 août 1703, rendu au rapport de M. Le Fouin.

Le conseil d'Artois a encore jugé le 27 novembre 1728, que le rappel par contrat de mariage ne vaut point Institution contractuelle; mais sa sentence a pareillement été infirmée par un arrêt du 1er. septembre 1735, cité par Maillart, sur l'art. 93 de la coutume de cette province.

Voici l'espèce de cet arrêt, telle qu'elle est rapportée dans les notes manuscrites d'un ancien jurisconsulte d'Arras. Je copie littéralement ses termes :

« Par contrat de mariage d'André Goudemetz et d'Anne-Françoise Warnier, du 7 septembre 1714, M. Goudemetz, père du mariant, et Marie-Françoise Caron, lors veuve de Philippe Warnier, mère de la mariante, *ont respectivement accordé représentation en leurs successions aux enfans à naître desdits marians, pour y faire une tête au lieu de leurs père et mère décédés à l'encontre de leurs oncle et tante, en rapportant en montcommun les portemens à eux respectivement promis, nonobstant toutes coutumes, usages,* etc. *auxquels ils auraient respectivement dérogé.*

» La dame Françoise Warnier est venue à décéder treize mois après son mariage, et a délaissé Marie-Françoise Goudemetz sa fille.

» Marie-Françoise Caron fit son testament le 7 février 1717, par lequel elle lègue à Marie-Josephine Warnier, épouse de Pierre-Paul Regnault, tous ses effets mobiliers, et quant au surplus de ses biens, de quelque nature et condition qu'ils soient, fiefs, cotteries, mains-fermes, anciens manoirs, et même ceux situés au comté de Saint-Pol, maisons en échevinage; rentes et généralement tout ce dont elle n'aurait pas disposé ci-dessus, elle le donne aux enfans nés et à naître de sa fille, épouse du sieur Regnault, et à Marie-Françoise Goudemetz, sa petite-fille, à qui elle fait un legs de cent livres, pour en jouir quand elle aura pris état honorable et qu'elle aura des enfans vivans, pour être partagé à compte de tête et par égales portions.

» Après son décès, arrivé en 1727, André Goudemetz, en sa qualité de père et tuteur légitime de sa fille forma sa demande à fin de partage de tous les biens de la succession.

» Le sieur Regnault et sa femme opposèrent le testament, et soutinrent que le sieur Goudemetz devait se tenir au legs fait à sa fille ou opter les réserves coutumières.

» Sur quoi, intervint sentence au conseil d'Artois, le 27 novembre 1728, qui prononça en ces termes : « Nous avons ordonné » que les défendeurs passeront par leurs » offres de payer à la fille du demandeur » la somme de cent livres, lorsqu'elle aura » pris état honorable et qu'elle aura des en- » fans vivans; comme aussi de leur laisser » suivre la huitième partie des maisons, jar- » dins, terres labourables et rentes consti- » tuées délaissées par Marie-Françoise Ca- » ron, veuve de Philippe Warnier, suivant » son testament du 7 février 1717, aux » charges et conditions y portées; si mieux » n'aime le demandeur, se faisant fort et » garant de sa fille, accepter au nom d'elle » et *ab intestat* la part qu'elle peut avoir » dans les biens immeubles patrimoniaux » non disponibles, suivant la qualité des » biens et les coutumes de leurs situations. »

» L'appel de cette sentence ayant été porté au parlement de Paris, arrêt y intervient le 1er. septembre 1735, en la cinquième chambre des enquêtes, au rapport de M. Dari de La Fasinière, qui infirme ladite sentence, et *en conséquence, ordonne que les biens, tant meubles qu'immeubles provenans de la succession de ladite Marie-Françoise Caron et dont est question, seront partagés par moitié entre ladite Marie-Josephine Warnier, femme dudit pierre Regnault, et de Marie-Françoise Goudemetz, comme représentant Anne-Françoise Warnier sa mère* ».

On oppose à cette jurisprudence un arrêt du 4 septembre 1706, qui a confirmé, au rapport de M. Fraguier une sentence du conseil d'Artois, du 9 février 1705, infirmative de celle qu'avaient rendue [illegible] mayeur et échevins d'Arras, le 9 juin 1704; mais les circonstances sur lesquelles il est intervenu, vont faire voir qu'il n'a point prononcé sur la question dont il s'agit.

Louise Sohier avait eu quatre enfans de Jacques Legay, et deux de Nicolas Chaudron. En 1678, elle maria Louise Legay, un de ses enfans du premier lit, à Gérard Guislain, et par son contrat de mariage *consentit et accorda représentation avoir lieu en sa succession, à tel effet que les enfans à naître pourraient représenter leur mère pour une tête, comme si lors elle était vivante.*

Le 16 janvier 1698, Louise Sohier fit son testament, et après quelques legs particuliers et le partage égal de ses propres et acquêts situés hors de la ville d'Arras, entre tous ses enfans, y compris ceux de Louise Legay, qui représentaient leur mère, elle légua à Jacques et Jean Chaudron, ses enfans du second lit, les maisons, jardins et héritages qu'elle possédait dans la ville d'Arras, ses meubles et effets mobiliers, dettes actives, rentes constituées, à la charge de payer ses dettes, obsèques et funérailles.

Ce testament a été attaqué par Gérard Guislain, en sa qualité de père et tuteur légitime de Pierre-Louis Guislain, son fils, et par Louise Guislain, sa fille majeure : ils ont soutenu que le rappel établi par le contrat de mariage de Louise Legay, leur assurait une portion égale à celle de leurs co-héritiers dans la succession de leur aïeule; en conséquence, ils on demandé que, sans avoir égard aux legs faits à Jacques et Jean Chaudron, il fût ordonné à ceux-ci d'entrer en partage avec eux, comme si l'hérédité avait été ouverte *ab intestat.*

Anne-Marie le Jeune, veuve de Jacques Chaudron, et Jeanne-Marguerite Dubois, veuve de Jean Chaudron, ont défendu à cette demande, comme tutrices légitimes de leurs enfans mineurs. Elles ont dit que les demandeurs se plaignaient à tort, et que la défunte n'avait disposé comme elle l'avait fait, que d'après l'équité même.

La testatrice (ont-elles dit) avait, par son contrat de mariage avec Nicolas Chaudron, son second mari, fait des avantages considérables à ses enfans de premières noces, s'engageant à leur payer 8000 livres au lieu de 4000 dont elle était seulement tenue; 2°. [illegible]

leur assurant à chacun la propriété d'une part égale aux enfans du second lit dans la plupart des immeubles qu'elle avait hérités de Toussaint Sohier, son père; 3°. en s'obligeant de leur abandonner la jouissance de leur part dans ses biens, lorsqu'ils prendraient un établissement, et en cas qu'ils n'y eût que deux d'entre eux qui voulussent s'établir, de leur fournir à chacun 4000 livres, moyennant quoi ils ne pourraient plus rien prétendre dans les maisons provenant de Toussaint Sohier, son père.

En conséquence de ces stipulations, la testatrice avait donné en dot à Louise Legay, mère des demandeurs, une somme de 3000 livres, un cinquième de deux maisons, et les trois quarts d'une autre, situées dans la ville d'Arras, et provenant de Toussaint Sohier. Ce cinquième avait été ainsi donné, parcequ'au temps de ce mariage, la testatrice avait cinq enfans, savoir, trois du premier lit, et deux du second.

La testatrice avait légué à Pierre Legay, son petit-fils, fils de Pierre, un des enfans du premier lit, deux maisons situées à Arras, et une somme de mille livres. Elle avait pareillement légué aux demandeurs une somme de 2000 livres, avec droit d'accroissement et de substitution réciproque entre eux, pour leur tenir lieu de leur portion héréditaire du chef de Louise Legay, leur mère.

Par le même testament, la défunte avait partagé tous ses propres et acquêts situés hors de la ville d'Arras, en trois parts égales, dont une pour les demandeurs, et les deux autres pour Jacques et Jean Chaudron; elle avait même compris les fiefs dans ce partage, en privant Jacques Chaudron du droit d'aînesse qui lui était déféré par la coutume.

Telles étaient les considérations par lesquelles les défenderesses soutenaient que le legs fait à Jacques et Jean Chaudron n'était pour eux qu'un dédommagement des avantages dont la testatrice avait gratifié ses enfans du premier lit, et du droit d'aînesse qu'elle avait ôté à Jacques Chaudron.

D'après ces détails, il ne faut pas s'étonner si le conseil d'Artois et le parlement de Paris n'ont point écouté les demandeurs, et ont regardé leurs prétentions comme outrées, après tout ce qui avait été fait en leur faveur. Les monumens qui nous restent de l'opinion régnante dans ce temps-là, ne permettent pas de douter qu'on n'eût jugé d'une manière différente, si la question eût été dégagée de tant de circonstances particulières; et une chose remarquable, c'est que les échevins d'Arras avaient prononcé pour les demandeurs.

Mais que répondre aux deux raisons sur lesquelles se fondent ceux qui ne font dériver du rappel contractuel, qu'une simple successibilité? Ecoutons les partisans de l'opinion qui érige ce rappel en véritable Institution.

La première de ces raisons (disent-ils) tombe, pour ainsi dire, d'elle-même.

Ceux qui refusent au rappel dont nous parlons, l'effet de l'Institution contractuelle, ne peuvent pas disconvenir qu'il est irrévocable: témoin Roussel de Bouret, qui s'exprime ainsi à la page 335 du tome 1 de son commentaire sur la coutume d'Artois: *Le rappel est incontestablement irrévocable, quand il est fait par contrat de mariage.* Si le rappel fait par contrat de mariage est irrévocable, il assure donc invariablement aux rappelés la qualité d'héritiers du rappelant; il équivaut donc à une véritable Institution d'héritiers; le rappelant ne peut donc pas le rendre inutile ou en diminuer l'effet par ses dispositions, ni conséquemment frustrer les rappelés, en tout ou en partie, du droit qu'il leur a assuré dans sa succession.

D'ailleurs, rien de surprenant que le rappel fait par un contrat, puisse, plutôt que la représentation introduite par la coutume, empêcher l'homme de disposer. La raison de cette différence est très-sensible: quand la coutume admet la représentation, elle déclare en même temps qu'on pourra disposer de certains biens. Mais quand le rappel est fait par une disposition de l'homme, il faut distinguer si c'est à un acte révocable ou à un acte irrévocable qu'il doit l'existence. Au premier cas, il n'a pas plus d'effet que la représentation légale, parceque le rappelant pouvant le révoquer en tout, peut, à plus forte raison, le révoquer en partie, c'est-à-dire, en diminuer l'avantage par des dispositions particulières. Au second cas, le rappelant ne peut pas disposer au préjudice des rappelés: 1°. parcequ'on doit croire que son intention a été de les instituer contractuellement, chaque clause emportant son effet dans un contrat de mariage, et étant regardée comme condition sans laquelle le mariage n'aurait pas eu lieu; 2°. parceque, quand l'homme accorde un rappel, on peut dire que cela est de son fait; c'est donc à lui à s'expliquer, s'il ne veut pas que ce rappel lui lie les mains; et il peut d'autant moins s'en dispenser, qu'il doit savoir que nul ne peut contrevenir à son propre fait par rapport aux actes qui sont irrévocables de leur nature.

La seconde objection (continuent ceux

dont nous exposons ici le système) n'est pas plus solide que la première. Quand un père marie son fils avec rappel de ses enfans à naître, il témoigne clairement vouloir que son fils vienne à sa succession; cela est si vrai, que dans la crainte que son fils n'en soit privé, dans la personne de ses enfans, par une mort précoce, il étend ses soins jusqu'à ceux-ci. Le rappel ne donne donc point en ce cas plus de droit aux petits-enfans qu'au fils; il les met au contraire, comme dit Brunel, dans une même classe de prédilection; et conséquemment, s'il est vrai de dire que les petits-enfans sont institués contractuellement par le rappel fait en leur faveur, à plus forte raison le fils lui-même est-il censé l'être. C'est, comme on voit, le cas de la maxime, *propter quod unum quodque est tale, et illud magis.*

Un exemple, (dit Brunel) rendra ceci plus sensible. La veuve Simon Le Quien avait marié Jean-François Le Quien son fils, avec clause de rappel pour les enfans à naître de son mariage, en rapportant par eux la somme qu'elle avait donnée à leur père pour son établissement. Jean-François Le Quien ayant recueilli lui-même la succession de sa mère, prétendit n'être point tenu au rapport, parceque la coutume d'Artois l'en dispensait formellement, et que son contrat de mariage n'y obligeait que ses enfans, en cas qu'ils eussent recueilli la succession de leur aïeul. Mais il n'a point été écouté; une sentence du conseil d'Artois, du 22 mars 1710, qui est demeurée sans appel, l'a condamné à rapporter ce qui lui avait été donné en mariage.

Il faut convenir cependant (c'est encore Brunel qui parle) qu'il est certains cas où les rappelés ont plus de droit que ceux qu'ils représentent. Supposons, par exemple, qu'un aïeul qui a son fils vivant, rappelle ses arrières-petits-enfans futurs dans le contrat de mariage de son petit-fils; ou qu'un oncle qui a son frère vivant, rappelle ses petits-neveux futurs dans le contrat de mariage de son neveu. Le petit-fils, dans le premier cas, et le neveu, dans le second, seront bien censés institués contractuellement avec leurs enfans respectifs; mais le fils et le frère ne le seront pas; conséquemment, si le fils recueille la succession de son père, et le frère celle de son frère, l'Institution contenue dans le rappel, deviendra caduque; et alors, il sera vrai de dire que cette Institution n'a point empêché les rappelans de disposer de leurs biens suivant la coutume; les pères des institués eux-mêmes ne pourront apporter d'obstacles à ses dispositions, les uns, parceque le rappel n'a point été fait pour eux, les autres, parceque leurs pères étant vivans, le rappel ne peut leur servir de rien. Ce ne serait qu'en cas de prédécès des premiers, que les seconds pourraient se prévaloir de leurs Institutions contractuelles; et dans cette hypothèse, on pourrait dire, sans absurdité, que les représentans ont plus de droit que les représentés.

Ainsi raisonnent Brunel et tous ceux qui, comme lui soutiennent que le rappel par contrat de mariage emporte Institution contractuelle. Leur opinion a été, comme l'on a vu, accréditée fort long-temps. Mais aujourd'hui elle a perdu beaucoup de partisans; et il y a trois arrêts assez récens du parlement de Paris qui paraissent la proscrire.

Le premier est du 19 août 1743. Voici comment en parle l'Epine de Grainville, l'un des juges par qui il a été rendu.

« Une aïeule avait rappelé à sa succession, dans le contrat de mariage de son fils, les enfans qui naîtraient de ce mariage, par conséquent ses petits-enfans.

» Elle avait ensuite fait son testament, et elle avait fait des dispositions en faveur de sa fille, au préjudice de ce fils qu'elle avait marié.

» Selon les parties, il était question de savoir si la disposition faite par elle dans le contrat de mariage de son fils, qui accordait représentation à ses petits-fils, formait une Institution contractuelle à laquelle elle n'avait pas pu déroger par son testament.

» La sentence du conseil d'Artois avait ordonné l'exécution du testament : sur l'appel, la sentence a été confirmée.

» Il n'y avait pas lieu d'agiter la question d'Institution contractuelle. La clause du contrat de mariage avait eu pour objet les petits-enfans, et non le fils qui s'était marié. On ne peut pas profiter d'une disposition dont on n'a pas été l'objet; c'était le fils, et non les petits-enfans, qui voulaient faire valoir cette clause au préjudice du testament.

» Si la question eût été pure et simple, les moyens employés par les intimés auraient pu la faire décider en leur faveur, parceque le rappel avait été fait des petits-enfans qui sont *intra terminos juris*, et qu'il avait été fait dans une coutume qui n'admet point la représentation des petits-enfans à la succession de leur aïeul avec leurs oncles ».

Ainsi parle l'Epine de Grainville. Dans le compte qu'il rend ensuite des moyens qui étaient employés par les parties, on trouve une réponse telle quelle, à l'arrêt du 1er. septembre 1735, que nous avons cité plus

haut. Voici comme on s'expliquait à cet égard « L'aïeule, qui avait accordé la représentation, avait renoncé au droit d'entravestissement. Le droit d'entravestissement de sang et par lettres, consiste dans l'interdiction où se trouve le père ou la mère survivant de disposer des biens qu'ils ont eus en commun, et cela pendant la vie de leurs enfans; mais quand il ne leur reste que de petits-enfans, ils peuvent en disposer; de sorte qu'une aïeule qui renonce, en faveur de ses petits-enfans, à cette faculté de disposer, que lui donne le droit d'entravestissement, s'oblige et ne peut plus faire de dispositions contraires à cette obligation: par conséquent le rappel dont il était alors question, n'a été jugé irrévocable et former une espèce d'Institution, que parcequ'il était joint à la renonciation faite au droit d'entravestissement ».

Le second arrêt est du 4 septembre 1746. Hélène des Maretz avait été mariée en Artois, avec une promesse conçue en ces termes: « En faveur duquel mariage lesdits sieur et demoiselle des Maretz (ses père et mère), accordent représentation aux enfans qui naîtront du présent mariage, en rapportant par eux, ainsi que ferait leur mère, si elle était vivante, les avantages ci-dessus faits à ladite mariante..... Et en considération desdits avantages, le survivant desdits sieur et demoiselle, père et mère, jouira, sa vie durant, de la part de la mariante dans la succession du prédécédé d'iceux ».

Hélène des Maretz a prétendu que cette clause, en rappelant ses enfans, équivalait pour elle-même à une Institution contractuelle; et elle a demandé, sur ce fondement, la nullité des dispositions faites par son père et sa mère au profit de ses frères et de ses sœurs.

Ceux-ci lui ont opposé les mêmes moyens que le parlement avait adoptés en 1743; ils lui ont dit: Vos enfans seuls sont rappelés. Si le rappel emportait Institution, vos enfans se seraient bien trouvés institués, dans le cas où votre père et votre mère vous eussent prédécédé: mais ce cas n'est pas arrivé; et encore dans ce cas, le rappel ne leur aurait donné que la simple successibilité.

Sur ces raisons, Hélène des Maretz a été déboutée de ses demandes; et les dispositions qu'elle attaquait, ont été confirmées.

Ces deux arrêts ne jugent pas directement que les petits-enfans rappelés par le contrat de mariage du fils ou de la fille, ne sont point institués contractuellement; mais ils le jugent par conséquence, en faisant tomber la réponse de Brunel à l'objection fondée sur ce que les petits-enfans, si le rappel équivalait pour eux à une Institution proprement dite, auraient plus de droit que le fils ou la fille, dont ils ne seraient néanmoins que les représentans.

Au surplus, il y a un troisième arrêt qui juge la question *in terminis* contre les petits-enfans même. En voici l'espèce telle qu'elle m'a été communiquée par une des parties contre lesquelles il a été rendu.

Marie-Jeanne de Buire avait épousé Pierre Lobgeois, et avait eu de ce mariage deux filles, Marie-Guislaine Lobgeois, aînée, et Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois, puînée.

En 1712, Marie-Guislaine Lobgeois, fille aînée, fut mariée au sieur Noël-Lambert Gorlier. De ce mariage sont issus les sieurs Guillaume-Joseph Gorlier, avocat au conseil provincial d'Artois, et Guislain-François Gorlier.

Par le contrat de mariage, Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois donnèrent en dot à Marie-Guislaine Lobgeois, leur fille, 2000 livres d'argent comptant, quelques meubles, un domaine de vingt-deux mesures, et un petit droit de terrage au lieu de Vally. On y lit ensuite cette clause qui a fait naître la principale question du procès: « *En faveur duquel mariage lesdits sieurs Lobgeois et sa femme ont accordé représentation en leurs successions aux enfans à naître, pour y faire une tête*, en rapportant à mont commun comme devra faire la mariante, son portement ci-dessus, le tout nonobstant tous des us, coutumes, entravestissement de sang ou par lettres, même à toutes coutumes à ce contraires, à quoi les parties ont dérogé et dérogent ».

Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois, après avoir ainsi établi Marie-Guislaine Lobgeois, leur fille aînée, pensèrent à pourvoir de même Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois, leur cadette. Elle épousa, en 1714, Jean-Baptiste Becthum, procureur au conseil d'Artois. De cette union sont nés Guillaume-Dominique Becthum et Jean-Baptiste Becthum.

Elle fut dotée par Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois, à peu près comme l'avait été Marie-Guislaine. On lui donna en argent 1400 livres, des meubles, des habits, et un droit de terrage sur neuf mesures de terre.

Mais, comme si Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois eussent jugé eux-mêmes que le rappel qu'ils avaient stipulé en 1712, en

faveur des enfans de Marie-Guislaine, par son contrat de mariage, les avait laissés maîtres de disposer, ils ajoutèrent à cette donation en faveur de Marie-Dominique-Gabrielle, une Institution universelle à son profit, à l'exclusion de Marie-Guislaine et de ses enfans.

Voici les termes de cette Institution universelle, qui devait priver les sieurs Gorlier, enfans de Marie-Guislaine, de la majeure partie de leur portion héréditaire : « Lesdits » Lobgeois et sa femme instituent par ces » présentes ladite future mariante leur fille, » ou ses enfans par représentation, pour » leurs héritiers universels, à l'exclusion de » demoiselle Marie-Guislaine Lobgeois, femme du sieur Gorlier, ses enfans et tous » autres; à l'effet de jouir et profiter, après » la mort du dernier vivant d'eux deux, de » tous généralement quelconques les biens » meubles et immeubles qui se trouveront à » eux appartenans, et qu'ils délaisseront de » libre disposition, avec un quint datif de » tous leurs fiefs, et trois années de revenus » de leurs biens patrimoniaux, à charge que » les biens fonds, maisons et héritages tiendront leur côté et ligne, non à l'effet d'induire de là aucune substitution, mais d'empêcher que le futur mariant n'en puisse » profiter; à condition aussi que lesdits Lobgeois et sa femme, et le survivant d'eux » deux, resteront libres en entier de charger » leurs biens en cas de besoin, sans néanmoins pouvoir en faire aucunes donations » entre-vifs, ni autrement, au préjudice de » la présente Institution ».

Marie-Guislaine Lobgeois, mère des sieurs Gorlier étant décédée, Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois, firent un testament le 17 janvier 1725, dont il faut encore transcrire les termes : « Veulent en outre, et » ordonnent lesdits testateurs, que les enfans de demoiselle Marie-Guislaine Lobgeois leur fille aînée (les sieurs Gorlier), » jouissent des avantages et portemens par » eux donnés à leurdite mère, par son contrat de mariage du 22 octobre 1712, et » profitent de la clause de représentation à » eux accordée par ledit contrat à l'effet de » représenter leur susdite mère, prendre et » avoir tous les droits d'aînesse et autres » droits que leurdite mère aurait eus, sans » charge par les enfans de leurdite fille, de » rapporter les portemens de mariage de » leurdite mère en argent, en fonds comme » autrement, duquel rapport les testateurs » les déchargent, attendu qu'ils n'ont institué ladite Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois, femme du sieur Becthun, pour leur » héritière, par son contrat de mariage, » qu'en cette vue et à cette charge d'une » égalité ».

Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois moururent, l'un en 1726, et l'autre en 1732, laissant pour héritiers, d'un côté, les sieurs Gorlier, comme représentant Marie-Guislaine Lobgeois, leur mère, et de l'autre Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois, mère des sieurs Becthum, qui était vivante, et qui décéda peu de temps après.

Il fut passé, en 1736, un acte provisionnel entre le tuteur des sieurs Gorlier et celui des sieurs Becthum, par lequel il fut convenu, « que les deux tuteurs partageraient » également, en leur qualité de tuteurs, tant » les biens provenus de François de Buire, » que ceux qui provenaient des successions » de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, pour en jouir par moitié, jusqu'à » ce que leurs mineurs, devenus majeurs, » fussent en état de discuter leurs droits, et » sans préjudice à se pourvoir les uns contre » les autres, pour faire valoir leurs prétentions respectives ».

Cet acte a été exécuté jusqu'en 1748. C'est alors que les sieurs Becthum ont fait éclore les prétentions qu'ils ont soutenues depuis.

Ils ont prétendu 1°. que la totalité des biens procédans de François de Buire, bisaïeul commun, devait leur appartenir; 2°. qu'à l'égard des biens possédés par Marie-Jeanne de Buire, aïeule commune, librement et sans charge de substitution, ainsi qu'à l'égard des biens délaissés par Pierre Lobgeois, aïeul commun, ils devaient leur appartenir pour le tout, en ce qui concernait les biens disponibles, et pour moitié en ce qui touchait les biens patrimoniaux; de sorte que, dans leur système, les sieurs Gorlier devaient être absolument exclus des biens provenans de François de Buire, et réduits à la moitié des biens patrimoniaux libres de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, sans aucune part dans leurs biens disponibles.

Ils ont fondé ce système, par rapport aux biens de François de Buire, sur une substitution portée par son codicille du 5 janvier 1705; et quant aux biens disponibles de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, sur l'Institution contractuelle faite en faveur de Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois leur mère, par son contrat de mariage de 1714. A l'égard des biens patrimoniaux et libres de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, ils en demandaient le partage par moitié entre eux et les sieurs Gorlier, sans distin-

guer les rotures d'avec les fiefs dans lesquels cependant les sieurs Gorlier avaient le droit comme représentant leur mère.

Les sieurs Gorlier ont au contraire soutenu que tous les biens délaissés par Marie-Jeanne de Buire et par Pierre Lobgeois, en y comprenant ceux qui procédaient de François de Buire, devaient être partagés en telle sorte qu'il leur appartînt : 1°. la totalité des anciens manoirs situés dans la coutume de Saint-Pol; 2°. quatre parts de cinq dans les fiefs; 3°. la moitié de toutes les cotteries ou rotures, et de tous les autres biens mobiliers et immobiliers.

Ce système des sieurs Gorlier était simple suivant eux. Rappelés par le contrat de mariage de Marie-Guislaine Lobgeois, leur mère, de 1712, pour venir, en son lieu et place, aux successions de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, ils avaient droit, à titre d'aînesse, à la totalité des anciens manoirs dans la coutume de Saint-Pol, et aux quatre quints des fiefs situés, soit dans cette coutume, soit dans celle d'Artois. Quant au surplus des biens patrimoniaux ou disponibles, sur lesquels il n'y a point de prérogatives d'aînesse, ils avaient droit à la moitié.

Tout consistait donc dans deux points : le premier, de savoir si la substitution portée par le codicille de François de Buire, du 5 janvier 1705, pouvait déranger le droit des sieurs Gorlier, relativement aux biens procédans de François de Buire; le second, si, à l'égard des biens disponibles de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, l'Institution contractuelle faite au profit de la mère des sieurs Becthum, pouvait préjudicier au rappel précédemment stipulé en faveur des sieurs Gorlier, par le contrat de mariage de leur mère. Quant aux biens patrimoniaux et libres de Marie-Jeanne de Buire et de Pierre Lobgeois, il ne pouvait se présenter aucune difficulté, puisque, d'un côté, le rappel des sieurs Gorlier opérait incontestablement son effet sur ces biens, et que, de l'autre, l'Institution de la mère des sieurs Gorlier portait uniquement sur les biens disponibles.

C'est à ces deux points aussi que les difficultés se sont réduites, par rapport à la demande originaire des sieurs Becthum. Ceux-ci sont convenus que, cessant la substitution de François de Buire, les sieurs Gorlier auraient eu droit à ces biens en vertu de leur rappel; mais ils ont prétendu que cette substitution écartait les sieurs Gorlier des biens de François de Buire, la représentation ne pouvant avoir lieu en cette partie, et Marie-Guislaine Lobgeois, mère des sieurs Gorlier, étant décédée avant l'ouverture. Ils ont en même temps soutenu que Marie-Jeanne de Buire, et Pierre Lobgeois avaient pu, au préjudice du rappel du sieur Gorlier, les priver de tous leurs biens disponibles, par l'Institution contractuelle de Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois.

En cet état, il est intervenu, le 8 janvier 1756, une sentence du conseil provincial d'Artois, qui, entre autres dispositions, a adjugé au sieur Becthum, les biens délaissés par Pierre Lobgeois et Marie-Jeanne de Buire, sa femme, et a décidé par conséquent que les sieurs Gorlier n'avaient pas été institués contractuellement par ceux-ci.

Les sieurs Gorlier ont appelé de ce chef de la sentence. Voici de quelle manière débutait à cet égard, Me. Thevenot d'Essaule, leur défenseur, dans un mémoire imprimé que nous avons sous les yeux :

« Le sort du chef de la sentence qui ordonne que les biens de libre disposition appartiendront aux sieurs Becthum, dépend uniquement de savoir si l'Institution contractuelle, faite au profit de Marie-Dominique-Gabrielle Lobgeois, mère des sieurs Becthum, par son contrat de mariage de 1714, est valable. Par cette Institution contractuelle, Marie-Jeanne de Buire et Pierre Lobgeois ont gratifié la mère des sieurs Becthum de tous leurs biens disponibles. L'ont-ils pu au préjudice de la clause de représentation ou de rappel, insérée dans le contrat de mariage de la mère des sieurs Gorlier de 1712? *C'est toute la question.*

» Cette question dépend elle même d'un autre point, qui consiste à savoir si la clause dont les sieurs Gorlier argumentent, et qui se lit dans le contrat de mariage de leur mère, était équivalente à une Institution contractuelle, de manière qu'elle liât les mains à Marie-Jeanne de Buire et à Pierre Lobgeois, et qu'elle leur ôtât la faculté de faire, au préjudice des sieurs Gorlier, les dispositions universelles.

» Les sieurs Becthum conviennent que l'Institution contractuelle produit cet effet, qu'elle lie les mains de l'instituant, quant aux dispositions universelles, et qu'elle souffre seulement les dispositions particulières, modiques et sans fraude. Il ne s'agit donc que de leur prouver que la clause apposée dans le contrat de mariage de la mère des sieurs Gorlier, valait une Institution contractuelle, etc. ».

On voit, par cet exposé, que la question

se présentait à juger dans des circonstances qui ne sortaient aucunement de la thèse générale.

Qu'a décidé le parlement de Paris? Par arrêt rendu en 1758, au rapport de M. l'abbé Borry, le chef de la sentence attaqué par les sieurs Gorlier, a été confirmé.

[[Cette question ne peut plus se présenter que pour les rappels stipulés par contrat de mariage en ligne directe avant la loi du 8-13 avril 1791, et en ligne collatérale avant la loi du 17 nivôse an 2; car ces lois, en introduisant la représentation à l'infini, la première en ligne directe, la seconde en ligne collatérale, et le Code civil, en la réduisant, à peu de chose près, aux termes du droit romain, ont rendu ces sortes de rappels inutiles, et en ont entièrement fait cesser l'usage.

VIII *bis*. Mais que serait-ce si aujourd'hui un père, en mariant son fils ou sa fille, promettait expressément que les enfans à naître du futur mariage, représenteraient leur père ou mère dans sa succession? Pourrait-on dire alors que la représentation étant de droit, la promesse qui en a été faite, n'a pu avoir, dans l'intention de son auteur, d'autre objet que d'instituer contractuellement le futur époux, et ses enfans à son défaut?

C'est demander, en d'autres termes, si, avant le Code civil, une pareille clause stipulée dans une coutume où la représentation avait lieu comme aujourd'hui de plein droit en ligne directe, équipollait à une Institution contractuelle; et cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

Marie-Aldegonde Delimal se marie sous la coutume de Cambrai qui, excluant la représentation en ligne collatérale, l'admet en ligne directe. La veuve Delimal, sa mère, intervient au contrat de mariage, et y fait insérer les deux clauses suivantes :

« La mère de la future épouse promet et s'engage de lui payer la somme de 6000 livres, laquelle elle veut et entend qu'après sa mort elle soit *rapportée à la masse de sa succession*, pour être partagée, avec ses autres biens meubles et immeubles, *entre tous ses enfans*, suivant les droits qu'ils pourront y avoir.

» La mère de la future épouse accorde représentation aux enfans à naître de ce mariage, pour faire une tête dans sa succession tant mobilière qu'immobilière à l'encontre de leurs oncles, comme ferait ladite future épouse, si elle était vivante ».

En 1809, la veuve Delimal meurt après avoir fait des avantages considérables à son fils aîné.

Marie-Aldegonde Delimal, remariée au sieur Thobois, réclame contre ces avantages, et prétend, d'après les deux clauses ci-dessus transcrites, qu'elle a été instituée contractuellement par sa mère.

La première de ces clauses, dit-elle, m'oblige de rapporter à la succession maternelle une somme de 6000 livres, pour être partagée, avec les autres biens qui la composeront, entre mes frères et moi. Or, il est de principe que le rapport n'est dû que par le co-héritier à son co-héritier. Donc, en me soumettant au rapport, ma mère m'a nécessairement instituée son héritière.

D'un autre côté, ma mère a donné à mes enfans le droit de me représenter dans cette succession; et elle le leur a donné dans une coutume où la représentation était de droit. Cette clause ne peut pas être sans effet; or, elle n'en aurait aucun, elle serait insignifiante, si elle n'emportait pas Institution contractuelle, non-seulement en faveur de mes enfans, mais encore à mon profit.

Le 6 avril 1811, jugement du tribunal de première instance de Cambrai qui rejette la prétention de la dame Thobois,

« Attendu que son contrat de mariage ne fait qu'ordonner le rapport des 6000 livres, pour être partagées avec les autres biens meubles et immeubles de la dame Delimal, entre tous ses enfans, selon les droits qu'ils pourront y avoir; que si cette clause pouvait renfermer une Institution contractuelle, ce serait au profit de tous ses enfans, à l'exclusion même de la dame Thobois, puisque la donatrice parlant à celle-ci, et disant *entre tous ses enfans*, est censée parler des enfans autres qu'elle; que d'ailleurs ces mots, *suivant les droits qu'ils pourront y avoir*, loin d'établir un droit actuel d'une part égale, et de lier ainsi la volonté de la mère, ne sont que déclaratifs d'un droit futur, seulement possible et même ordinaire;

» Que le rappel des enfans de la dame Thobois à la succession de sa mère est sans objet, puisque, quand ils vivraient, ils ne pourraient pas s'aider plus qu'elle du rapport dont elle se prévaut ».

Appel de ce jugement; et le 26 juillet 1812, arrêt de la cour de Douai qui en adopte les motifs et le confirme.

La dame Thobois se pourvoit en cassation; mais son recours est rejeté, le 13 janvier 1814, par la section des requêtes,

« Attendu que la cour dont l'arrêt est attaqué, n'aurait pu violer les lois invoquées

que dans le cas où, tout en reconnaissant une Institution contractuelle dans le contrat de mariage du 18 février 1775, elle n'aurait pas attribué à cette Institution les effets prescrits par ces lois; que cette cour a légalement décidé, au contraire, que ce contrat ne renfermait pas une Institution contractuelle;

» Qu'en effet, quoique la dispense du rapport et la nécessité du rapport supposent un droit de successibilité, ce droit ne présuppose pas néanmoins une Institution contractuelle;

» Qu'en outre la mère d'Aldegonde Delimal, en énonçant dans le contrat de mariage un partage futur entre ses enfans, accompagne cette énonciation de ces expressions, *suivant les droits qu'ils pourront y avoir;*

» Que la cour, dont l'arrêt est attaqué, a pu inférer de ces expressions que la mère n'entendait pas se lier irrévocablement, et qu'elle entendait, au contraire, se réserver d'étendre à son gré les droits de ses enfans;

» Enfin que, dans le dernier état de la jurisprudence, le droit de représentation accordé aux petits-enfans dans les contrats de mariage, ou bien le rappel à la succession, ne produisait pas une Institution contractuelle ».]]

IX. Autre question. Il arrive assez souvent qu'un père et une mère, en rappelant leurs petits-enfans futurs dans les contrats de mariage de leurs enfans, stipulent que le rappel n'emportera point Institution contractuelle. Dans ce cas, il est hors de doute que les rappelés n'ont point un droit irrévocable à la portion que leur père ou leur mère aurait eue *ab intestat;* mais c'est une question si au moins ils ne peuvent point prétendre leur légitime entière et faire annuler les dispositions qui la diminueraient ou la réduiraient à rien. Cette question s'est présentée récemment dans les circonstances suivantes :

Le sieur et la dame Boniface, domiciliés en Cambresis, avaient six filles. En mariant leur aînée, ils crurent devoir rappeler les enfans qu'elle pourrait avoir, parceque la plus grande partie de leurs biens était située dans les coutumes d'Artois et de la gouvernance de Douai, qui rejetaient la représentation en ligne directe; mais en même temps ils déclarèrent que leur intention n'était point de faire une Institution contractuelle. Cette clause était conçue en ces termes : « Ayant, » lesdits sieur et dame Boniface, accordé re- » présentation avoir lieu en leurs successions » mobilières et immobilières pour les enfans » à naître des futurs époux, et comme iceux » pourront faire s'ils sont alors vivans.....; » lequel accord de représentation ne sera » qu'une disposition *ab intestat,* sans qu'on » puisse en induire d'Institution d'héritier ».

Quelque temps après, ils marièrent leur seconde fille; l'aînée parut au contrat avec le sieur Patou son mari, et y déclara se contenter, pour son droit d'aînesse, d'un petit fief et de quelques rentes seigneuriales.

La dame Patou mourut avant son père et sa mère, laissant une fille qui renouvela, dans son contrat de mariage avec le sieur Scribe, la renonciation faite par sa mère à son droit d'aînesse, moyennant le fief et les redevances dont on vient de parler.

Le sieur et la dame Boniface ordonnèrent par leurs testamens, que tous leurs biens meubles et immeubles seraient partagés également entre leurs enfans et ceux qui les représentaient, sauf que la dame Scribe, leur petite-fille, prendrait hors part ce qui avait été accepté par sa mère et par elle-même pour son droit d'aînesse.

Le sieur Scribe trouva plus d'avantage à demander au nom de sa femme une légitime d'aînée, que de partager également avec les autres enfans ou petits-enfans. En conséquence, il se pourvut devant l'official-juge ordinaire de Cambrai et du Cambresis, pour se faire adjuger la légitime qu'aurait pu prendre la fille aînée, mère de sa femme.

On lui opposa que n'ayant rien en vertu de la loi dans les biens d'Artois et de la gouvernance de Douai, dont les coutumes excluent la représentation, il ne pouvait y demander de légitime.

De son côté, il se retrancha sur le contrat de mariage de sa belle-mère, et soutint que cet acte renfermait une promesse inviolable de garder à son épouse une légitime de droit.

Par sentence de l'official-juge ordinaire de Cambrai, le sieur Scribe a été débouté de sa demande, et il a été ordonné que les testamens des sieur et dame Boniface seraient exécutés suivant leur forme et teneur.

Sur l'appel, un arrêt du conseil supérieur de Douai, du 29 mai 1773, mit l'appellation et ce au néant, émendant, adjugea au sieur Scribe, en cette qualité, la légitime mobilière et immobilière dans les successions des sieur et dame Boniface, telle que l'aurait pu prétendre leur fille aînée, si elle leur avait survécus, et condamna les intimés aux dépens.

Mais ce jugement ayant été attaqué par la voie de révision, après le rétablissement du parlement de Flandre, un arrêt du 11 janvier 1776, rendu dans l'assemblée des chambres,

au rapport de M. de Castèele, depuis procureur général, a déclaré qu'erreur n'était intervenue, et a mis en conséquence l'appellation au néant.

Si l'on peut juger des motifs d'un arrêt par ceux sur lesquels un rapporteur appuie son opinion, il y a tout lieu de croire que celui-ci a jugé notre question en thèse. Voici en effet comment a débuté M. de Castèele, dans son rapport dont nous avons le manuscrit sous les yeux :

« La représentation accordée par feu les » sieur et dame Boniface au contrat de ma- » riage de Marie-Barbe-Thérèse Boniface, » leur fille aînée, en faveur des enfans à » naître de ce mariage, a-t-elle nécessité les- » dits sieur et dame Boniface à laisser à leurs » petits-enfans au moins la légitime d'aînée » due à leur mère, en sorte qu'il n'ait plus » été en leur pouvoir de disposer au con- » traire »?

Ce magistrat, comme on le voit, propose la question dégagée de toute circonstance, et il la discute de même. Il signale la différence qu'il y a entre une Institution contractuelle et une disposition *ab intestat* ;

« L'une (dit-il) engage irrévocablement son auteur, et l'empêche d'en éluder l'effet par des dispositions contraires ; l'autre lui laisse toute sa liberté, et cesse lorsqu'elle est suivie d'une disposition testamentaire ou entre-vifs. Le sieur et la dame Boniface ont déclaré expressément que le rappel par eux accordé aux enfans de leur fille aînée, ne pourrait avoir d'autre effet que celui d'un règlement *ab intestat* ; ce rappel est donc anéanti par les testamens postérieurs qu'ils ont faits.

» Pour donner à cette clause (continue l'habile rapporteur) l'effet que le sieur Scribe en attend, il faudrait la faire valoir comme une Institution contractuelle, au moins à l'égard de la légitime. Mais ce serait aller contre la volonté expresse des sieur et dame Boniface, qui déclarent ne pas entendre que la représentation par eux accordée, puisse induire une Institution d'héritier.

» Une des principales objections du sieur Scribe (c'est toujours M. de Castèele qui parle) est de dire : une convention engendre nécessairement une obligation, et une obligation lie les parties. Or, les sieur et dame Boniface ont accordé aux futurs enfans de leur fille aînée la même part dans leurs successions qu'aurait eue leur mère si elle avait vécu : cette part, affectée par la loi, est la légitime ; les sieur et dame Boniface ne pouvaient donc pas priver ces enfans de leur légitime.

» Mais s'il est vrai qu'une obligation lie les parties, il ne l'est pas moins qu'on ne doit jamais l'étendre au delà de ses termes. Le droit qu'avait la fille aînée de faire révoquer les dispositions qui auraient blessé sa légitime, ne pouvait donc pas dériver d'une convention dans laquelle on se réservait la faculté de disposer comme si cette convention n'avait pas existé : conséquemment le droit qu'avait la dame Patou de demander sa légitime, n'était fondé que sur la loi ; et la loi, en rejetant la représentation, exclud les petits-enfans de toute prétention à cet égard ».

Ces raisons suffisaient certainement pour déterminer les opinions en faveur de celle du rapporteur. Il y avait cependant une circonstance particulière, qui seule aurait pu également les entraîner : c'est que la dame Patou et la dame Scribe avaient renoncé formellement à leur droit d'aînesse, l'une dans le contrat de mariage de sa sœur, l'autre dans le sien propre. De pareilles renonciations ne seraient pas d'un grand effet dans l'intérieur de la France ; mais dans les coutumes d'Artois et de Flandre, on n'en a jamais contesté la validité.

On ne peut donc pas assurer positivement que l'arrêt dont nous venons de rendre compte, ait jugé notre question *in terminis*. Ce n'est pas qu'il ne fût très-juridique dans cette supposition ; car la clause que le rappel vaudrait seulement comme un règlement *ab intestat*, et n'empêcherait point de disposer, écartait toute espèce de difficultés.

Mais il y aurait plus de doute dans le cas où, sans stipuler que le rappel n'aura point d'autre effet que celui d'une disposition *ab intestat*, on se bornerait à dire qu'il n'emportera point Institution contractuelle. Peut-être alors pourrait-on soutenir que le rappel donne aux représentans autant de droit que la loi en attribue aux représentés, c'est-à-dire, qu'il assure aux premiers la légitime qu'on ne peut ôter aux seconds ; en sorte que le seul effet de la stipulation de ne point valoir Institution contractuelle, serait de dispenser les rappelans de laisser aux rappelés la part entière qu'ils auraient eue *ab intestat*.

C'est ce que soutiennent, dans une espèce toute différente, ceux qui pensent que le rappel pur et simple, quoique fait par contrat de mariage, n'emporte point Institution contractuelle ; cette disposition, disent-ils, est irrévocable quant à la légitime, parcequ'elle met le rappelé à la place de celui qu'il représente ; mais elle n'oblige point le rappelant à lui laisser tout ce que le représenté aurait eu *ab intestat*, parcequ'elle n'équivaut point à une Institution contractuelle.

On sent combien il y a d'analogie entre la supposition vraie ou fausse qui fait la base de ce système, et l'espèce dont nous parlons : quelle que soit la cause qui ôte au rappel l'effet d'une Institution contractuelle, que cet effet lui soit ôté par une stipulation spéciale, qu'il le soit par les principes généraux de la matière, il paraît toujours vrai de dire que, quoiqu'un rappel n'équivale point à une Institution contractuelle, il assure néanmoins à ceux qui en sont l'objet, une légitime de droit dans la succession du rappelant. Ainsi, le plus sûr, quand on veut faire un rappel sans se soumettre à cette charge, est de déclarer qu'il ne vaudra que comme règlement *ab intestat*.

[[Ces questions sont sans objet pour les successions ouvertes depuis la loi du 17 nivôse an 2. *V.* le n°. précédent.]]

X. On a déjà vu qu'il y a une grande analogie entre l'Institution contractuelle et la donation des biens qu'on laissera à son décès. Ces deux dispositions doivent-elles donc être confondues, et ne devons-nous mettre entre l'une et l'autre aucune différence?

Ce qui prouve qu'elles doivent être placées absolument sur la même ligne, c'est que, par arrêt rendu à l'audience de relevée à la grande chambre, le vendredi 28 avril 1758, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, le parlement de Paris, en confirmant une sentence du bailliage de Bourges, a décidé qu'une disposition faite par deux personnes étrangères en faveur de la future épouse, dans son contrat de mariage où il était dit qu'elles donnaient « à la future, ce acceptant, » la pleine propriété de tous les biens, tant » meubles qu'immeubles qu'elles pourraient » laisser après leur décès », était une Institution contractuelle, une disposition irrévocable à cause de mort, et qu'en cette qualité, elle devait avoir son effet, quoiqu'elle n'eût pas été insinuée comme donation.

Le fait était simple.

Dans un contrat de mariage passé par-devant notaires à Bourges, le 13 mars 1741, entre Catherine Jaquet et Claude Barbillon, Françoise Dubreuil et Jeanne Dubreuil, sa sœur, étaient intervenues et avaient dit : en « faveur du présent mariage, ladite Françoise » Dubreuil, sous l'autorité de son mari, et » ladite Jeanne Dubreuil, donnent à ladite » future ce acceptant, la plaine propriété de » tous les biens, tant meubles qu'immeubles, » qu'elles pourront laisser après leur décès ».

Il était constant et avoué, entre toutes les parties, que la clause qui contenait cette disposition, n'avait pas été transcrite sur le registre destiné à l'insinuation des donations entre-vifs, dans le ressort du bailliage de Bourges.

Jeanne Dubreuil était morte la dernière, après sa sœur, au mois de décembre 1755; Catherine Jaquet, alors veuve de Claude Barbillon, et en faveur de qui la disposition que l'on vient de rapporter était faite, demanda au bailliage de Bourges, *à être envoyée en possession des biens meubles et immeubles de la défunte*.

Les héritiers de Jeanne Dubreuil, concluant pareillement à l'envoi en possession de son hérédité, soutinrent que la donation faite par le contrat de mariage de Catherine Jaquet, veuve Barbillon, était nulle, parcequ'elle n'avait point été insinuée, conformément à l'ordonnance de 1731.

La cause portée à l'audience du bailliage de Bourges, le 3 juillet 1756, sentence, sur les conclusions du ministère public, qui, « sans s'ar- » rêter aux oppositions et demandes des héri- » tiers de Jeanne Dubreuil, dont ils sont dé- » boutés, envoie Catherine Jaquet, veuve Bar- » billon, en possession et jouissance des biens, » tant meubles qu'immeubles, de la succession » de Jeanne Dubreuil, avec dépens ».

Les héritiers de Jeanne Dubreuil ayant interjeté appel de cette sentence, concluaient « à ce qu'en infirmant ladite sentence, la do- » nation réclamée par la veuve Barbillon, » intimée, fût déclarée nulle, faute d'avoir été » insinuée aux termes et dans la forme des » ordonnance et déclaration du mois de fé- » vrier 1731; ce faisant, à être envoyés en » propriété de tous les biens de la donatrice ».

Voici comment ils exposaient leurs moyens :

« Aux termes des art. 19 et 20 de l'ordonnance des donations de février 1731, les seules donations faites en ligne directe, dans les contrats de mariage, sont affranchies de l'insinuation : toutes les autres y sont indistinctement soumises, à peine de nullité, peine que l'art. 27 de la même ordonnance veut être acquise aux héritiers, encore qu'ils soient tenus des faits du donateur en tout autre cas.

» Vainement l'intimée, pour soustraire sa donation à la formalité indispensable de l'insinuation, voudrait qualifier sa donation à cause de mort, *d'Institution contractuelle*.

» Nous lui répondons que la clause de son contrat de mariage ne contient point une Institution contractuelle, mais une donation de tous biens après décès : dès-là, seulement donation à cause de mort : deux titres de libéralité infiniment distincts entre eux, comme l'observe Lebrun, *Traité des successions*,

liv. 3, chap. 2, nos. 6, 7 et 9; il est vrai qu'avant la dernière ordonnance de 1731, les donations à cause de mort pouvaient être faites hors des contrats de mariage, dans lesquels seuls au contraire les institutions contractuelles ont toujours dû être stipulées pour être valables ».

Tels étaient en substance les moyens des héritiers. Voici ce qu'on y répondait :

« La libéralité faite à la veuve Barbillon par son contrat de mariage, n'est point une véritable donation entre-vifs, elle ne renferme ni tradition de fait, ni tradition de droit; elle ne présente rien de certain.

» Si cette libéralité avait pour objet les biens présens et à venir, on pourrait alors la regarder comme une donation entre-vifs : la raison en est que la donataire, à l'instant de la donation, aurait eu un droit acquis, du moins sur les biens présens; elle aurait eu le choix de s'y fixer en abandonnant les biens à venir, et la donatrice n'aurait pu, en aucune manière, disposer de ses biens présens.

» Mais la libéralité dont il s'agit ici, comprend seulement les biens que Jeanne et Françoise Dubreuil pourront laisser à leur décès; d'où l'on conçoit que c'est ne rien donner d'effectif, du moins pour le moment, puisque la libéralité peut être anéantie par des hypothèques, par des ventes et autres dispositions à titre onéreux, on peut même dire par des dispositions gratuites, et c'est le langage de Dumoulin, sur l'art. 12 du titre 27 de la coutume de Nivernais, *non impedit quin titulo particulari donator disponere possit inter vivos, vel testamento, sine fraude, aliàs quàm per Institutionem.*

» Il est impossible de regarder une pareille libéralité comme une donation entre-vifs, dont l'essence est la tradition réelle ou feinte.

» On sent bien que la grande faveur de contrats de mariage nous a fait adopter certaines donations qui ne sont accompagnées de l'une ni de l'autre de ces traditions; on peut donner et retenir dans ces contrats. Mais ces donations ne sont pas de véritables donations entre-vifs, ce sont des Institutions contractuelles; et pour peu qu'on y réfléchisse, il est impossible de leur donner un autre nom.

» L'institution contractuelle n'était point connue chez les Romains; les testamens étaient, pour eux, les actes les plus chers, les plus précieux, et ce n'était que par ces actes qu'ils pouvaient se donner un héritier.

» Dans la France coutumière, on a attaché aux contrats de mariage la même faveur que les Romains avaient attribuée à leurs testamens : par degrés, les Institutions contractuelles se sont accréditées parmi nous, et elles font aujourd'hui une partie de notre droit commun. L'institution contractuelle est un acte par lequel on se fait et choisit un ou plusieurs héritiers pour recueillir les biens qu'on laissera après son décès; c'est *sibi heredes instituere*, et telle est la définition qu'en donne Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, chap. 1.

» Il est de l'essence de cette Institution contractuelle, qu'elle ne s'étende que sur les biens qui restent au décès de l'instituant; et c'est ce qui la différencie de la donation universelle, pure et simple, qui comprend les biens présens.

» D'où il est sensible que faire une Institution contractuelle ou donner les biens qu'on pourra laisser après son décès, c'est faire le même acte, la même disposition; il n'y a que les noms qui soient changés; aussi que de traits de ressemblance!

» L'institution contractuelle et la disposition à cause de mort ne se peuvent faire que par contrat de mariage : il en est de même de la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès.

» Il n'y a rien de certain dans l'Institution contractuelle; la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès, ne présente rien d'effectif.

Dans l'une ni dans l'autre, il n'y a aucune espèce de tradition.

» L'instituant peut disposer de ses biens de la même manière que le donateur dont nous parlons : l'institué et le donataire sont également tenus des dettes.

» L'Institution contractuelle est irrévocable; la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès l'est également. Il est une infinité d'autres rapports dont il serait trop long de faire le détail.

» Mais en se fixant à la définition de Boucheul, prise dans l'essence même de l'acte, il est évident que l'Institution contractuelle, et la donation dont il s'agit, ne sont qu'une seule et même chose; elles n'ont qu'un seul et même objet, puisque dans l'une et dans l'autre, on ne fait que choisir une personne pour recueillir les biens qu'on laissera après son décès.

» Renusson, *Traité des propres*, chap. 3, sect. 2, ne s'est attaché qu'à la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès. *Cette résolution* (dit-il), *que nous établissons pour les Institutions d'héritiers faites par contrat de mariage, doit avoir lieu pareillement pour les donations universelles qui seraient faites par contrat de mariage de tous*

les biens que le donateur aurait au jour de son décès; car une donation de cette qualité équipolle, et a le même effet qu'une Institution d'héritier, faite par le contrat de mariage.

» Enfin, la donation d'une part d'enfant faite par un homme ou une femme qui convole en secondes noces, est regardée par nos auteurs comme une Institution d'héritier: comment donc pourrait-on ne pas regarder comme telle la donation des biens qu'on laissera au jour de son décès?

» Personne n'ignore cette règle de droit, qu'il faut moins s'attacher aux termes dans lesquels un acte est conçu, qu'à l'acte en lui-même, c'est-à-dire, à la volonté, à l'intention des parties contractantes: *in conventionibus contrahentium voluntatem potiùs quàm verba spectari placuit.* (Loi 219, D. *de verborum significatione.*)

» Il est certain que celui qui donne les biens qu'il pourra laisser, ou qui se trouveront lui appartenir, au jour de son décès, n'a d'autre intention, d'autre volonté que de se faire et de se choisir un héritier; de quelque manière qu'il s'exprime pour remplir cette volonté, peu importe quand elle est évidente. Qu'il dise, *j'institue tel pour mon héritier*, ou *je donne à tel les biens que je laisserai après mon décès;* c'est toujours manifester la même volonté, la même intention, c'est toujours dire: *je veux qu'un tel recueille les biens qui se trouveront après ma mort.*

» Il faut conclure de ces réflexions, que la libéralité faite à la veuve Barbillon par son contrat de mariage, libéralité qui ne porte que sur les biens que Françoise et Jeanne Dubreuil *pourront laisser après leur mort*, est une Institution contractuelle et une disposition à cause de mort; et qu'elle ne peut être envisagée sous un autre point de vue ».

En répliquant à ces moyens, les héritiers disaient:

« Qu'est-ce qui caractérise un acte? C'est certainement, c'est uniquement sa forme substantielle. Or, Françoise et Jeanne Dubreuil, desquelles l'intimée n'était héritière, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale, intervenues dans son contrat de mariage, y disent, qu'*en faveur dudit mariage, elles donnent à la future, ce acceptante, sous les autorités de droit, la pleine propriété de tous les biens qu'elles pourront laisser après leur décès.*

» Donner d'un côté, et accepter de l'autre, sont termes aussi essentiels à la donation, qu'étrangers à l'Institution contractuelle: donc, Françoise et Jeanne Dubreuil ont voulu faire une donataire et non pas une héritière.

» Enfin, cette métamorphose arbitraire, que l'intimée voudrait faire, est d'autant plus inadmissible, que vraie donataire par son contrat de mariage, elle en a toujours pris la qualité, tant en jugement qu'autrement, dans tous les actes subséquens y relatifs.

» Assigne-t-elle à Bourges les héritiers Dubreuil, en envoi de propriété des biens qu'elle réclame en conséquence de son contrat de mariage? Elle dit dans ses exploits et dans ses requêtes, que les biens lui appartiennent, comme a elle *donnés* en faveur de mariage, que si les scellés ont été apposés sur l'hoirie, c'est parcequ'elle n'avait point notifié son contrat, portant *donation* de tous biens, que son titre est la *donation* portée par son contrat de mariage, et qu'en vertu de cette *donation*, tous les biens de l'hoirie lui appartiennent. Aussi, est-ce en qualité de *donataire* qu'elle conclud à l'envoi en propriété.

» Constamment il n'est point de puissance sur la terre qui soit autorisée à ériger en titre d'Institution contractuelle, une vraie donation, créée telle par le titre qui la contient, confirmée par l'ordonnance de 1731, qui la permet et l'autorise, à la charge d'insinuation, et reconnue judiciairement vraie donation, par celle même à qui appartiennent, et le titre qui la confère, et la qualité qui en dérive ».

Sur ces moyens, développés pendant trois audiences, et sur les conclusions de M. l'avocat général, est intervenu l'arrêt du 28 avril 1758, lequel, « faisant droit sur l'appel » des héritiers Dubreuil, de la sentence de la » sénéchaussée de Bourges, qui envoie la » veuve Barbillon en possession de tous les » biens meubles et immeubles qui seront » trouvés appartenant à Jeanne Debreuil, » au jour de son décès, met l'appellation au » néant, ordonne que la sentence dont est » appel sortira son plein et entier effet, con» damne les appelans à l'amende et aux dé» pens ».

§. VII. *L'Institution contractuelle est-elle sujette aux formalités de l'acceptation et de l'insinuation?*

Le premier membre de cette question ne souffre aucune difficulté. L'art. 13 de l'ordonnance de 1731 porte que « les Institutions » contractuelles et les dispositions à cause de » mort qui seraient faites dans un contrat » de mariage, même par des collatéraux ou » par des étrangers, ne pourront être atta» quées par le défaut d'acceptation ».

[[Même disposition dans l'art. 1407 du Code civil.]]

L'ordonnance de 1731 n'a rien décidé par rapport à l'insinuation; et la question de savoir si cette formalité est nécessaire pour la validité d'une Institution contractuelle (1), a partagé les opinions des jurisconsultes.

Auzanet, Ricard, Bouguier, Fernand, Duperrier, Lemaitre, Bourjon et quelques autres, ont embrassé l'affirmative.

Ils se fondent sur l'irrévocabilité de ces sortes de dispositions, et sur la crainte que des tiers ne contractent avec un héritier présomptif, dans l'espérance d'une succession dont une autre devrait profiter, ou qu'il ne se commette de la fraude par de secondes Institutions.

D'ailleurs, disent-ils, l'héritier présomptif pourrait accepter la succession dans l'ignorance de l'Institution, et s'exposer aux actions des créanciers sans espérance de profit.

L'additionnaire de Duperrier cite, à l'appui de cette opinion, un arrêt du parlement d'Aix, du 1er. mars 1698, qui a annulé une Institution contractuelle, sur le seul fondement du défaut d'insinuation, opposé par l'héritier testamentaire de l'instituant.

L'opinion contraire est adoptée par Coquille, Lebrun, Ferrière, Laurière, Furgole; et elle est, dit ce dernier, « la plus conforme aux règles, parceque l'Institution » contractuelle est une disposition différente » de la donation entre-vifs. L'ordonnance de » 1731, ni aucune autre, n'assujétit pas à » l'insinuation les Institutions contractuelles. » Il n'est donc pas possible d'exiger cette » formalité; encore moins pourrait-on y as» sujétir les Institutions contractuelles faites » par les ascendans en faveur du mariage de » leurs descendans, puisque l'art. 19 de l'or» donnance de 1731 déclare que les donations » faites en ligne directe par contrat de ma» riage, sont bonnes sans insinuation, il » faut donc en dire de même des Institutions » contractuelles, considérées comme des do» nations entre-vifs. »

L'irrévocabilité de l'Institution contractuelle (continue l'auteur) « ne doit pas être » un motif suffisant pour assujétir à la forma» lité de l'insinuation, soit parcequ'il n'y a » aucune loi qui exige cette formalité, soit » parceque l'insinuation est bien requise aux » donations entre-vifs, mais non aux autres » actes, quoiqu'ils soient irrévocables, soit » enfin parceque personne n'a intérêt à cette » formalité, comme le remarque Ricard lui» même ».

Nous pouvons ajouter qu'il n'y a pas plus de raison pour nécessiter l'insinuation dans une Institution contractuelle, que dans une vente dont l'effet serait remis à la mort du vendeur. Il y aurait aussi bien lieu de craindre dans un cas que dans l'autre, que des tiers ne contractassent avec un héritier présomptif dans l'espérance d'une succession diminuée ou réduite à rien par des dispositions tenues secrètes. On pourrait également dire que le défaut d'insinuation donne matière à la fraude et au stellionat, en facilitant de secondes aliénations. Mais si ces raisons ne suffisent pas pour assujétir le contrat de vente à une formalité qu'aucune loi ne lui a imposée, pourquoi voudrait-on qu'elles eussent plus d'effet par rapport à l'Institution contractuelle?

A l'égard de l'objection qu'on tire de l'intérêt de l'héritier présomptif qui pourrait accepter la succession dans l'ignorance de l'Institution, Ricard y répond lui-même, en disant « que si l'Institution est universelle, » l'héritier présomptif ne prenant rien dans » la succession, n'est aussi tenu d'aucune » dette; et que si l'Institution n'est que » pour partie, l'héritier institué le décharge des dettes à proportion de ce qu'il » prendra ».

L'arrêt du parlement d'Aix qu'on oppose, ne paraît pas d'un fort grand poids; cette cour a jugé elle-même le contraire par deux autres arrêts: l'un du mois de novembre 1644, rapporté par Duperrier; l'autre du 29 juin 1699, inséré dans le recueil de M. de Bézieux.

Il en a été rendu deux semblables dans le dix-septième siècle au parlement de Paris: le premier dans la maison d'Albert; le deuxième du 7 septembre 1657, en faveur de l'abbé de Gordes; ils sont cités dans le Journal du palais, tome 2, page 934.

[[Il y en a encore deux de la même cour, des 12 janvier et 6 septembre 1712, qui ont jugé de même avant l'ordonnance de 1731. Ils sont rapportés, l'un dans le *Dictionnaire des domaines*, aux mots *Institution contractuelle*, l'autre dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, au mot *Institution*, nº. 2.

Mais ce qui est bien plus décisif, c'est que la question a encore été jugée de même, depuis l'ordonnance de 1731, par l'arrêt du 28

(1) Il n'y a point de difficultés à cet égard pour ces espèces d'Institutions contractuelles qu'on a vu plus haut se faire quelquefois entre les co-partageans d'une succession échue. Comme elles ne valent qu'en qualité de donations entre-vifs, il est clair qu'elles sont sujettes à l'insinuation.

avril 1758, rapporté au §. précédent, n°. 10; et par celui de la cour de cassation, du 23 février 1818, que l'on trouvera ci-après, §. 8, n°. 6.]]

Au reste, la question que nous agitons ici, n'en est point une pour le ressort du parlement de Flandre, ni pour l'Artois, parceque ces provinces sont affranchies de l'insinuation, même en matière de donations entre-vifs.

[[C'est ce qu'on a vu à l'article *Donation*, sect. 6, §. 2; et l'on y a vu aussi que telle est actuellement la législation de toute la France.]]

§. VIII. *Des effets de l'Institution contractuelle par rapport à l'instituant.*

I. Pour résoudre cette question dans tous les points qu'elle nous présente à discuter, il faut rappeler ce que nous avons dit plus haut, qu'on peut faire une Institution contractuelle par quatre espèces différentes d'actes, savoir, par contrat d'association universelle, par partage d'une succession échue, par consentement au partage anticipé d'une succession future, et enfin par contrat de mariage.

II. Les Institutions qui se font par un acte de société, lient tellement leurs auteurs, qu'ils ne peuvent plus, aux termes de la coutume d'Auvergne, tit. 15, art. 6, *faire autre héritier par contrat ou autre disposition subséquente, au préjudice de l'association et convenance de succéder apposée en icelle.* Mais, dit l'art. 5 du même titre, *les convenances de succéder apposées en contrat d'association universelle, n'empêchent les associés de disposer de leurs biens par contrat entre-vifs à leur plaisir et volonté; et n'ont vigueur, lesdites convenances de succéder, si ce n'est ès biens dont lesdits associés décéderont saisis et desquels n'auront autrement disposé.*

L'irrévocabilité que le premier de ces articles attribue aux Institutions dont il s'agit, n'est point absolue, mais seulement hypothétique; ces Institutions ne peuvent être révoquées par un associé malgré l'autre, tant que la société dure; mais si la société était résiliée, elles seraient nécessairement comprises dans la résiliation. C'est une conséquence de la règle *accessorium sequitur principale.* Aussi l'art. 3 du titre cité de la coutume d'Auvergne porte-t-il *que lesdites convenances de succéder sont éteintes par partage subséquent ou par la mort de l'un desdits associés.*

L'art. 2 permet néanmoins de stipuler dans l'acte de société, que *lesdites convenances de succéder* dureront *entre les contrahans ladite association et leurs descendans, posé qu'il y ait partage fait entre les associés, ou que l'un desdits associés trépasse.*

Convenir qu'une société universelle et l'Institution qui en est l'accessoire, dureront malgré le décès d'un des associés, il n'y a rien en cela que de conforme au droit commun. La loi 65, §. 9, D. *pro socio,* dit expressément que *morte unius socii societas dissolvitur, nisi in coeundâ societate aliter convenerit.*

Mais stipuler qu'une convention de succéder apposée à un acte de société universelle, ne sera point détruite par la dissolution de cette société, c'est vouloir qu'une clause purement accessoire de sa nature, puisse subsister par elle-même; c'est lui faire perdre la qualité de *pacte de non décroissement,* qui peut seule le faire valider, comme on l'a vu plus haut, nonobstant l'art. 3 de l'ordonnance de 1731. On ne peut donc pas étendre hors de son territoire l'article de la coutume d'Auvergne, qui permet de prolonger la durée des Institutions contractuelles au delà de celle des sociétés dont elles font partie; il est d'ailleurs très-vraisemblable que cette disposition est abrogée par la loi que nous venons de citer.

La seule translation de domicile dans un lieu éloigné, quand elle ne serait pas accompagnée d'autres circonstances, suffirait seule pour faire présumer un résiliement de la part de l'associé qui la ferait; car on peut, suivant la loi 65, D. *pro socio,* dissoudre une société par une renonciation tacite, comme par une renonciation expresse.

Il faut donc qu'il se soit rencontré des circonstances particulières dans un arrêt qui est cité par Ricard comme jugeant le contraire. Voici comment s'explique cet auteur dans une note sur l'art. 1 du tit. 15 de la coutume d'Auvergne, qui se trouve dans le coutumier général jugé par sentence du sénéchal de Clermont, du 6 avril 1643, confirmé par arrêt du 3 septembre 1644, qu'une semblable société avec pacte de succéder, n'était pas interrompue par le moyen de ce que l'un des associés était allé demeurer en Bigorre, cent lieues loin de la demeure de l'autre; touchant la succession de M. Jacques Burin, et en conséquence jugé que ledit Burin n'avait pu valablement faire un testament au préjudice de ladite société ».

On sent qu'un pareil arrêt serait insoutenable, s'il n'avait été rendu sur des circonstances particulières.

III. L'Institution contractuelle qui se fait quelquefois par l'acte de partage d'une succession échue, ne peut valoir que comme donation entre-vifs, lorsqu'elle en a toutes les formalités. C'est donc sur les règles propres à cette dernière espèce de disposition, qu'il faut en calquer les effets.

IV. On a vu plus haut que celui qui consent au partage anticipé que ses héritiers présomptifs font entre eux de sa succession, ne se lie point les mains, et demeure le maître de révoquer son consentement. Cette espèce d'Institution n'a donc pas plus d'effet par rapport à l'instituant, qu'une simple disposition à cause de mort.

[[Sur tout ce qu'on vient de dire dans ce n°. et dans les deux précédens, *V.* ci-devant §. 3.]]

V. L'Institution par contrat de mariage produit plusieurs effets très-remarquables à l'égard de l'instituant.

Le principal, ou pour mieux dire, celui qui les renferme tous, est qu'elle le met dans une incapacité absolue de la révoquer. L'art. 12 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 s'explique là-dessus de la manière la plus précise : « Voulons que lesdites Institutions contractuelles, comme aussi les substitutions qui » y seront opposées, soient irrévocables, soit » entre nobles ou entre roturiers, dans tous » les pays où elles sont en usage ».

[[L'art. 1082 du Code civil déclare également *irrévocable* la donation faite à un futur époux par son contrat de mariage *de tout ou partie des biens* que le donateur laissera au jour de son décès, donation qui n'est, comme on l'a vu plus haut, §. 7, n°. 10, qu'une Institution contractuelle.]]

Nous examinerons dans le §. suivant, si l'ingratitude de l'institué peut autoriser la révocation de l'Institution contractuelle. Bornons-nous ici à demander quel doit être l'effet de l'irrévocabilité que nous venons d'établir.

Pour résoudre cette question, il faut distinguer les dispositions universelles que l'instituant pourrait faire après le mariage des institués, d'avec les dispositions particulières qui seraient postérieures à la même époque.

VI. Il est constant qu'une Institution consignée dans un contrat de mariage, ne peut être détruite par quelques dispositions universelles que ce soit. Il n'importe même que ces dispositions tombent directement sur l'Institution contractuelle, ou qu'elles ne la révoquent qu'indirectement : elles ne sont pas plus valables dans un cas que dans l'autre. Ainsi, comme ce serait en vain que l'instituant passerait un acte après le mariage pour déclarer purement et simplement qu'il révoque l'Institution, ce ne serait pas avec plus d'effet qu'il chercherait à anéantir ou au moins à en diminuer l'avantage par une autre Institution, soit contractuelle, soit testamentaire. La grande règle est que celui qui est institué héritier universel par contrat de mariage, a droit à toute la succession de l'instituant, comme celui qui l'est pour une certaine quotité, doit avoir toute la part qui lui a été promise.

De là, cet arrêt du 27 mars 1599, rapporté par Chenu et Brodeau, qui a jugé qu'un père ayant marié son fils en qualité d'aîné et principal héritier, n'avait pu avantager ses autres enfans au delà de leurs parts légales et *ab intestat*.

De là, cet autre arrêt du 26 août 1605, rendu sur les conclusions de M. l'avocat-général Servin, qui a jugé qu'une mère n'avait pu changer de domicile au préjudice d'une Institution mobilière qu'elle avait faite en faveur de son fils en le mariant.

De là encore cet arrêt du 13 mai 1625, rapporté par Constant sur l'art. 216 de la coutume de Poitou, qui a jugé que le fils marié comme aîné et principal héritier, devait avoir les prérogatives d'aînesse dans les biens nobles, et sa part égale dans les rotures, nonobstant les dispositions contraires et postérieures du père.

De là enfin, tant d'autres arrêts rapportés ci-dessus, qui ont prononcé sur des cas à peu près semblables.

[[Et il ne faut pas croire que les juges puissent, de leur autorité, au lieu d'annuler purement et simplement les dispositions à titre universel qui portent atteinte aux droits acquis à l'héritier contractuel, les réduire à des quotités quelconques, même sous le prétexte qu'elles ne seraient pas frauduleuses. Témoin l'arrêt que la cour de cassation a rendu dans l'espèce suivante.

En 1792, le sieur Accard fait à son fils, par le contrat de son mariage avec la demoiselle Durac, *donation de tous les biens meubles et immeubles qu'il laissera au jour de son décès.*

Quelque temps après, il épouse en secondes noces la demoiselle de Lamarre ; et en 1810, il lui fait donation du *quart des biens* qui lui appartiendront à l'époque de sa mort.

Question de savoir si cette donation doit avoir son effet au préjudice de l'Institution contractuelle de 1792.

Le sieur Accard, fils, soutient la négative, sur le fondement que son père n'a pas pu, après l'avoir institué contractuellement héritier, disposer d'une partie aliquote de sa fortune; qu'il aurait bien pu faire quelques dons à titre particulier, mais non pas lui associer un co-héritier.

Le 4 février 1812, jugement du tribunal de première instance de Senlis qui, adoptant ces moyens, déclare la donation nulle.

Mais sur l'appel de la veuve Accard, arrêt de la cour royale d'Amiens qui déclare la donation valable, en la réduisant néanmoins au sixième de la succession, « attendu, que, » d'après les principes anciens et nouveaux, » l'Institution contractuelle laisse à l'insti- » tuant la liberté de disposer d'une partie de » ses biens de la manière qu'il juge convena- » ble; que la disposition, fût-elle à titre uni- » versel ou à titre particulier, n'est pas nulle, » pourvu qu'elle ne soit pas infectée de » fraude; qu'elle est seulement réductible, si » elle est excessive; que, dans l'espèce, la » donation est exempte de fraude; que seule- » ment, eu égard aux facultés d'Accard, père, » il y a lieu de la réduire ».

Recours en cassation contre cet arrêt de la part du sieur Accard, fils, qui le dénonce comme violant l'art. 12 du titre 1er. de l'ordonnance de 1747, dont la disposition est renouvelée par l'art. 1083 du Code civil.

Suivant ces lois, dit-il, celui qui a institué contractuellement un héritier universel, ne peut pas révoquer son Institution. Or, c'est la révoquer que de donner à un tiers une quote-part dans les biens qu'on laissera à sa mort; car c'est créer *un second héritier*, et l'Institution contractuelle n'en comporte qu'*un seul*. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1083 du Code civil, qui n'est à cet égard que déclaratif des anciens principes, le sieur Accard, père, aurait pu disposer, au profit d'un tiers, *de sommes modiques à titre de récompense ou autrement;* mais il y a une grande différence entre ce qu'il aurait pu faire et ce qu'il a fait. En donnant à son épouse une somme déterminée, il ne lui aurait pas conféré le droit d'entrer dans les détails de la succession; et la qualité d'héritier universel dont il avait investi son fils en le mariant, n'en aurait souffert aucune atteinte; au lieu qu'en lui donnant le quart des biens qu'il laissera à sa mort, il lui a conféré le droit de scruter la succession, d'en pénétrer tous les secrets, de provoquer des rapports, des expertises, des partages, et que par conséquent il a porté atteinte à l'Institution contractuelle qui réservait à l'héritier institué le droit exclusif de s'immiscer dans tous les détails de l'hérédité.

D'après ces moyens, inutilement combattus par la veuve Accard, arrêt du 23 février 1818, au rapport de M. Cassaigne, et après un délibéré, par lequel,

« Vu l'art. 12, tit. 1er. de l'ordonnance de 1747...;

» Attendu qu'aux termes de cet article, dont la disposition est renouvelée par les art. 1082 et 1083 du Code civil, l'Institution d'héritier était irrévocable; que, par suite de ce principe, l'instituant ne pouvait plus disposer, à titre universel, du total ni de partie des biens compris dans l'Institution; et qu'en jugeant le contraire, l'arrêt viole formellement l'article précité de l'ordonnance de 1747;

» La cour casse et annulle..... ».]]

Cette règle reçoit néanmoins plusieurs modifications.

1°. Nous avons vu à l'article *Héritier*, sect. 3, §. 2, que la reconnaissance d'aîné et d'héritier principal n'empêche pas un père de rappeler ses filles à sa succession, quoiqu'elles en soient exclues; soit par une renonciation expresse, comme dans la coutume de Paris, soit par une renonciation tacite ou légale, comme dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine et de Lodunois.

2°. Un arrêt du 18 février 1651, rendu sur les conclusions de M. Talon, et rapporté par Brodeau, a confirmé « un second rappel fait » au profit d'autres petits-neveux, nonobs- » tant que le premier eût été fait par con- » trat de mariage, ce qui n'empêchait pas la » liberté de communiquer la même grâce à » d'autres étant en pareil degré, sans que le » consentement de ceux au profit desquels » le premier rappel avait été fait, y fut » requis ».

» 3°. Il a encore été jugé « en plus fort » termes (dit Ricard), à l'audience de la » grand'chambre, dans l'espèce de la cou- » tume du Maine, le 20 juin 1645, que les » donations faites par une mère au profit de » ses fils puînés, de leurs portions hérédi- » taires en propriété, au lieu que par la cou- » tume ils n'en doivent jouir que par bien- » fait et en usufruit, devaient être exécutées, » quoique, lorsqu'elles avaient été faites, leur » frère eût été marié en qualité de fils aîné » et de principal héritier. La cour ayant » considéré en cette occasion qu'en même » temps que la coutume réduit les puînés

» mâles à ne prendre leur part héréditaire » qu'en usufruit, elle avait laissé en liberté » des pères et mères de leur donner et rendre » la propriété; et que lorsque le père leur » faisait la grâce que la coutume lui permet- » tait, c'était plutôt remettre les choses aux » termes du droit commun, que de leur faire » une véritable donation, qui est la manière » avec laquelle nous traitons les rappels qui » sont faits en collatérale des neveux pour » succéder avec leurs oncles ».

4°. La Peyrère soutient que l'Institution contractuelle du premier mâle, à défaut de mâles, des filles qui naîtront du mariage, peut être changée en faveur du premier mâle d'un autre lit, en cas qu'il n'y ait que des filles du premier.

Cambolas rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 18 juin 1621, qui approche assez de cette espèce. Un mari et une femme avaient, par leur contrat de mariage, institué leurs enfans à naître pour leur succéder dans tous leurs biens; il n'était né qu'une fille de ce mariage. Le mari, devenu veuf, se remaria; et ayant eu des enfans d'un second lit, on jugea que la fille des premières noces ne devait avoir, en vertu de son Institution contractuelle, que les biens dont le père était saisi au temps de son premier mariage; en sorte que l'Institution dans tous les biens, ne devait s'entendre, en ce cas, que des biens présens. En conséquence, on adjugea aux enfans du second lit que le père avait institués par son testament, tous les biens qu'il avait acquis depuis le premier mariage.

Nous n'oserions approuver ni la décision de la Peyrère, ni celle de l'arrêt que nous venons de citer. Si elles sont conformes à une certaine équité, elles sont aussi contraires aux règles les plus constantes de la matière: la première équité est de donner à chacun ce qui lui appartient; et le principal devoir des juges est de ne pas faire tomber dans l'arbitraire des questions que les lois ou les principes en ont tirées.

5°. Laurière soutient, après Boyer, Aufrerius et Fernand, que celui qui a fait une Institution contractuelle, peut, après le mariage, grever de fidéicommis celui qu'il a institué, non-seulement en faveur des enfans de celui-ci, mais encore en faveur de parens collatéraux.

Fernand assure même que telle était de son temps la jurisprudence du parlement de Toulouse.

Pollet rapporte aussi un arrêt du parlement de Flandre, du 16 avril 1707, par lequel, dit-il, on a jugé *que la clause de représentation dans un contrat de mariage, n'empêche pas que celui qui a accordé la représentation, ne puisse charger de fidéicommis la part de l'un de ses petits-enfans.*

Mais nous ne saurions encore mettre cette opinion au rang des exceptions à l'irrévocabilité des institutions contractuelles. D'abord elle est combattue par Ricard, Brodeau, Lebrun, Henrys et Rousseaud de Lacombe; en second lieu, elle est rejetée par des arrêts très-précis.

Il y en a un du 22 février 1625, par lequel une substitution apposée après coup par un père à l'Institution contractuelle qu'il avait faite de son fils aîné, a été déclarée nulle, quoiqu'elle ne comprît que les enfans de celui-ci.

Rousseaud de Lacombe en cite un autre du 11 janvier 1745, dont il ne rapporte point l'espèce.

Denisart nous en fournit un troisième du 5 décembre 1759, rendu sur les conclusions de M. Séguier, qui a jugé que M. l'évêque de Gravelle n'avait pas pu, après avoir institué contractuellement son fils, le grever d'une substitution fondée sur une dissipation exprimée par le testament, et assez bien prouvée d'ailleurs.

Mais le plus célèbre de tous les arrêts intervenus sur cette matière, est celui du 3 août 1735, rapporté par Augeard; en voici l'espèce.

Le 27 septembre 1717, le maréchal de Villars fit un testament olographe, par lequel il grева la plus grande partie de ses biens qu'il laissait au duc de Villars, son fils, d'une substitution qu'il voulut être graduelle et perpétuelle de mâle en mâle.

Le 5 décembre 1721, il maria son fils comme son aîné et héritier principal.

En 1726, il fit un codicille, par lequel il confirma la substitution, déclarant néanmoins que, si son fils n'avait qu'une fille, elle serait son héritière universelle, et à son défaut, le sieur de Boissieux son neveu, qui porterait le nom de Villars.

Après la mort du maréchal, le duc de Villars fit assigner aux requêtes du palais le tuteur établi à la substitution et à sa fille unique; et après une instruction contradictoire, sentence intervint le 28 février 1735, qui ordonna l'exécution pure et simple de l'Institution contractuelle portée au contrat de mariage du duc de Villars, et déclara nulles et de nul effet les substitutions dont il était grevé par le testament et le codicille de son père.

Le tuteur et le sieur de Boissieux ayant appelé de cette sentence, elle fut confirmée

par l'arrêt cité, rendu à la grand'chambre, sur les conclusions de M. l'avocat général Chauvelin. Le plaidoyer de ce magistrat renferme une discussion exacte des principes de la matière :

« Les Institutions contractuelles (y est-il dit) sont regardées comme des actes irrévocables, comme la loi des deux familles qui s'allient. Si elles sont irrévocables, elles ne peuvent plus être susceptibles de nouvelles conditions et de nouvelles charges, parceque ces conditions et ces charges emportent une sorte de révocation, en ce qu'elles diminuent le bienfait, en ce qu'elles sont onéreuses à l'institué.....

» Ajoutons à l'irrévocabilité des Institutions contractuelles, le motif d'équité qui ne permet pas de les grever après coup de substitutions. Deux familles illustres s'allient; deux personnes s'épousent avec des promesses et des assurances d'un bien proportionné à leur naissance et aux dignités qui les attendent : on leur annonce la pleine propriété de ces biens sans nulle restriction ni modification à la libéralité des pères et des mères : cependant il y avait un testament précédent qui avait substitué ces biens; il en survient un nouveau après le mariage qui confirme la substitution; mais ces deux actes restent dans l'obscurité jusqu'au temps du décès du père qui a institué; l'équité souffrirait-elle qu'on altérât ainsi la loi solennelle d'un contrat de mariage, que les personnes mariées et leur postérité fussent soumises à une substitution sur laquelle on a gardé un profond silence dans les pactes réciproques des deux familles?

» La substitution est toujours onéreuse à ceux qui en sont chargés; elle diminue, elle enlève presque la propriété des biens substitués; elle dépouille l'héritier grevé de substitution du droit flatteur de disposer en maître de ses biens. Il n'est pas douteux qu'une substitution affaiblit infiniment les avantages de l'héritier substitué, et que souvent une substitution aussi générale et aussi étendue que celle dont il s'agit, pourrait être un obstacle à l'alliance que deux familles contractent : l'objet est important; il serait dangereux d'autoriser des testateurs à changer, après un contrat de mariage, les droits et la fortune de ceux qui se sont mariés sur les assurances qu'on leur a données dans un contrat solennel ».

La jurisprudence confirmée par l'arrêt que ces raisons ont motivé, est aujourd'hui consacrée par une loi expresse. L'art. 13 du tit. 1 de l'ordonnance de 1747 porte : « Les » biens qui auront été donnés par un contrat » de mariage, ou par une donation entre-» vifs, sans aucune charge de substitution, » ne pourront en être grevés par une dona-» tion ou disposition postérieure, encore » qu'il s'agisse d'une donation faite par un » père à ses enfans, que la substitution com-» prenne expressément les biens donnés, et » qu'elle soit faite en faveur des enfans ou » descendans du donateur ou du donataire ».

Cet article ne parle que des donations; mais le suivant prouve qu'il faut en étendre la disposition aux Institutions contractuelles. Voici les termes dans lesquels il est conçu : « Lorsque la donation ou l'Institution con-» tractuelle aura été faite à la charge de re-» mettre les biens donnés à celui que le do-» nateur ou le donataire voudra choisir, » celui qui sera élu ne pourra, sous prétexte » de l'élection faite en sa faveur, être chargé » d'aucune substitution ».

L'art. 15 va plus loin : « Le contenu aux » articles précédens (porte-t-il), sera ob-» servé, quand même le contrat de mariage » ou l'acte de donation contiendrait une ré-» serve faite par le donateur, de la faculté de » charger dans la suite de substitutions les » biens par lui donnés, laquelle réserve sera » regardée à l'avenir comme nulle et de nul » effet ».

Lebrun soutient qu'une substitution apposée après coup à une Institution contractuelle, ne peut pas même valoir du consentement de l'institué, parceque, dit-il, « outre » que ce consentement pourrait avoir été » extorqué, il s'agit ici de l'exécution d'un » contrat de mariage dont les contre-lettres, » et principalement celles qui vont au désa-» vantage de la personne mariée, ne sont » pas permises ».

Cet avis paraît autorisé par l'ordonnance que nous venons de citer; l'art. 16 déclare qu'il n'est point innové par les art. 13, 14 et 15, « en ce qui concerne les dispositions par » lesquelles le donateur ferait une nouvelle » libéralité au donataire, soit entre-vifs ou » à cause de mort, à condition que les biens » qu'il lui avait précédemment donnés, de-» meureraient chargés de substitutions; et » en cas que le donataire accepte la nouvelle » libéralité faite sous ladite condition, il ne » lui sera plus permis de diviser les deux » dispositions faites à son profit.... ».

Le législateur exige ici deux conditions pour la validité d'une substitution faite *ex intervallo* : savoir, une nouvelle libéralité de la part de l'instituant ou du donateur, et

le consentement de l'institué ou du donataire. On peut donc dire, avec Lebrun, que le seul consentement de l'institué ou donataire ne suffit pas : *Ubi verba conjuncta sunt, non sufficit alterutrum esse factum,* porte la loi 110, §. 3, D. *de regulis juris.*

VII. Il est inutile de dire que l'Institution contractuelle, faite au profit d'un enfant dans une part égale à celle des autres, n'empêche pas le père de disposer de nouveau en faveur de cet enfant, et de l'avantager au-dessus de ses frères et de ses sœurs. C'est ce que pensent Lebrun et Rousseaud de Lacombe, et ce qui résulte nettement de la maxime, *quod in favorem alicujus introductum est, non debet in ejus odium retorqueri.*

Lebrun croit néanmoins que le contraire a été jugé par l'arrêt du 2 septembre 1681, rapporté ci-dessus, §. 6, n°. 3. C'est une méprise. Si cet arrêt a ôté au fils du dernier lit le legs universel qui lui avait été fait par le père commun des parties, c'est parceque le dernier contrat de mariage renfermait une promesse d'égalité pour les enfans de tous les lits, ce qui, suivant un arrêt du parlement de Toulouse de 1660, cité plus haut, §. 5, emporte une véritable Institution contractuelle, non-seulement pour les enfans du dernier mariage, mais encore pour ceux des lits antérieurs.

[[Mais *V.* ci-devant §. 5 et §. 6, n°. 3, les observations que nous avons faites sur ce dernier arrêt.]]

VIII. Avant de terminer ce qui concerne les effets de l'irrévocabilité des Institutions contractuelles, par rapport aux dispositions universelles faites postérieurement, il faut dire quelque chose d'une question fort intéressante : c'est de savoir si, pour déterminer le préjudice que portent ces dispositions aux institués, il faut considérer le temps du contrat de mariage, ou celui du décès de l'Instituant. Cette question a été jugée dans l'espèce suivante.

Un aïeul qui avait quatre enfans, institua contractuellement son petit-fils *pour partager sa succession par égale portion avec ses héritiers ab intestat.* Trois de ses enfans, et même l'institué, étant morts avant lui, il fit une donation des quatre cinquièmes de ses biens au seul fils qui lui restait; et comme l'institué avait laissé un enfant, il déclara expressément par l'acte, qu'il entendait conserver à son arrière-petit-fils l'Institution qu'il avait faite en faveur de son petit-fils, et l'évalua à un cinquième de son hérédité.

Après sa mort, le fils de l'institué soutint que le donataire étant le seul héritier *ab intestat* qu'on pût compter au moment de l'ouverture de la succession, elle devait se partager par moitié.

Le donataire répondait que le fils de l'institué ne pouvait pas demander plus d'un cinquième, parcequ'au temps de l'Institution, l'instituant avait quatre enfans, avec lesquels il avait appelé son petit-fils pour lui succéder en qualité d'héritier contractuel; que par conséquent il ne lui avait donné que le cinquième de ses biens; et que son intention ne pouvait pas être douteuse, puisqu'elle était expliquée par la donation postérieure.

Le fils de l'institué répliquait que, la donation étant une fraude faite à l'Institution, il fallait la regarder comme une pièce indifférente; que, pour fixer ses droits avec justesse, on ne pouvait consulter que le contrat de mariage de son père, qui lui donnait le droit de partager avec les héritiers *ab intestat;* que le mot *héritier* devait s'entendre *cùm effectu*, c'est-à-dire de ceux qui existaient, non pas au temps de l'Institution, mais au temps du décès de l'instituant.

Par arrêt rendu au parlement de Paris, le 5 avril 1756, la donation a été déclarée nulle, et il a été ordonné que la succession serait partagée également entre les deux parties.

[[La même chose a été jugée sous le Code civil par un arrêt qui a été cassé, mais dont la cassation ne paraît pas à l'abri de toute critique.

Le 18 novembre 1789, les sieur et dame Montois, père et mère de quatre garçons, marient Augustin-Antoine-Joseph, l'un d'eux; et par son contrat de mariage, déclarent « instituer le futur époux, ou ses enfans » par représentation, leurs héritiers mobiliers et immobiliers, pour avoir une part » égale en leurs successions, après le décès du » survivant des donateurs, *à l'encontre de* » *leurs autres enfans* ».

Le sieur Montois meurt le premier, sans avoir fait aucune autre disposition de ses biens.

La dame Montois qui lui survit, voit mourir avant elle ses quatre fils sans enfans, à l'exception de l'institué qui laisse une fille, nommée Adèle Montois.

Celle-ci épouse en premières noces le sieur Delannoy; et devenue veuve avec un enfant nommé *Augustin*, elle contracte un second mariage avec le sieur Warin, de qui elle a une fille.

La veuve Montois meurt en 1815, après avoir fait, le 30 juillet 1814, un testament

ographe ainsi conçu : « J'institue mes héri-» tiers chacun pour moitié, 1°. Adèle Mon-» tois, ma petite-fille, ci-devant veuve de » M. Delannoy, à présent mariée à M. Wa-» rin, ou ses enfans de secondes noces par » représentation de leur mère ; 2°. Auguste » Delannoy, enfant des premières noces de » ladite Adèle Montois, pour l'autre moitié ».

Adèle Montois étant décédée peu de temps après, le sieur Warin, son second mari, en qualité de donataire de l'usufruit de la moitié des biens qu'elle a laissés, et par conséquent comme intéressé à ce que, dans sa succession, se trouve comprise en entier celle de son aïeule, forme, contre le legs fait à Augustin Delannoy par le testament du 30 juillet 1814, une demande en nullité qu'il fonde sur le contrat de mariage du 18 novembre 1789, lequel contenait, dit-il, au profit d'Augustin-Antoine-Joseph Montois, et par suite au profit de sa fille qui lui était substituée vulgairement (1), une Institution qui était éventuellement universelle dans son principe, et qui l'est devenue effectivement par le prédécès des trois frères de l'institué.

Le tuteur d'Augustin Delannoy répond que cette Institution ne pouvait pas être universelle dans son principe, puisqu'elle n'appelait l'institué qu'à une part égale à celles des autres enfans; qu'elle n'a pas pu devenir telle par le prédécès de ceux-ci; et que, dès lors, elle n'a pas pu empêcher la veuve Montois de donner à qui il lui a plu la portion disponible de ses biens.

Le 26 décembre 1816, jugement qui, accueillant cette défense, rejette la demande du sieur Warin.

Mais sur l'appel, arrêt de la cour royale de Douai, du 25 mars 1817, qui réforme ce jugement et déclare nul le legs fait par la testatrice à Augustin Delannoy,

« Attendu qu'il en est de l'Institution d'héritier faite par contrat de mariage, comme de celle qui serait faite par testament, et qu'il n'y a aucune différence entre elles que celle résultant de la nature de l'Institution contractuelle, qui est d'être irrévocable;

» Attendu que, lorsqu'un testateur appelle à sa succession plusieurs héritiers pour y prendre chacun une part égale, on n'examine pas le nombre des héritiers au jour de l'Institution, mais de ceux existant à l'ouverture de la succession, et qu'il en est de même en matière d'Institution contractuelle;

» Attendu qu'Augustin-Joseph Montois ayant été institué, ou sa génération, en son contrat de mariage du 18 novembre 1789, pour avoir une part égale dans les successions de ses père et mère, avec trois autres enfans qui sont depuis décédés, ainsi que lui même, avant les instituans, ses droits ont appartenu à sa fille unique, femme Warin, qui est seule demeurée héritière de la succession de ses aïeux, par l'effet de l'Institution faite en sa faveur par le contrat de mariage dont il s'agit;

» Attendu que cette Institution contractuelle étant irrévocable, il n'a pu y être dérogé par le testament olographe de Marie Barbe-Augustine Legrand, son aïeule; et qu'en conséquence, le testament ne peut nullement subsister ».

Le tuteur d'Auguste Delannoy se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et le dénonce comme violant 1°. l'art. 913 du Code civil, en ce qu'il annulle une disposition testamentaire formellement autorisée par cet article; 2°. les art. 893, 931, 1082, 1087 et 1089 du même Code, conformes aux anciens principes, et notamment aux art. 3, 5 et 13 de l'ordonnance de 1731, en ce qu'il établit qu'il a existé une Institution valable au profit des trois frères de l'institué, et juge par suite que l'institué a recueilli la totalité du bénéfice de l'Institution par droit de *non-décroissement*.

A l'appui de ces moyens, il prétend que l'Institution contractuelle du 18 novembre 1789 n'a été qu'une *promesse d'égalité* faite par les sieur et dame Montois à leur fils Augustin-Antoine-Joseph, et que le seul effet de cette promesse a été d'obliger les instituans de laisser à l'institué une portion de leurs biens égale à celles de leurs autres enfans. Il ajoute que les trois enfans qui ne se mariaient pas, n'ont pu être compris dans cette Institution; que telle est la conséquence nécessaire du principe admis dans tous les temps, qu'une Institution contractuelle ne peut avoir lieu qu'au profit des époux et dans leur contrat de mariage; qu'ainsi, l'Institution était nulle quant aux trois frères de l'institué; et que, dès-là, il n'a pas pu en résulter un droit de non-décroissement en faveur de celui-ci.

Le sieur Warin, assigné devant la section civile pour répondre à ces moyens de cassation, expose, pour justifier l'arrêt attaqué, qu'il ne s'agit, dans l'espèce, ni d'une simple *promesse d'égalité* faite à l'enfant qui s'est marié, ni d'une Institution commune à cet enfant et à ses frères, mais bien d'une Insti-

(1) *V.* ci-après, §. 12, no. 7.

tution à laquelle cet enfant était seul appelé et qui cependant était éventuellement universelle; qu'elle le soumettait bien à la condition de partager avec ses frères les successions des instituans, mais que cette condition, qui ne blessait en rien les articles cités du Code civil et de l'ordonnance de 1731, avait failli par le prédécès de ses frères, et que, par-là, l'Institution, devenue pure et simple, avait conservé son universalité primitive.

Par arrêt du 15 décembre 1818,

« Vu l'art. 913 du Code civil.....;

» Attendu que l'arrêt dénoncé n'a pas jugé, par voie d'interprétation d'acte, que l'Institution dont il s'agit, fût une Institution universelle; qu'en effet, dans le contrat de mariage du 18 novembre 1789, l'enfant qui se mariait, n'a pas été institué seul héritier de sa mère; qu'il n'a été institué que pour avoir une part égale à celle des autres enfans de l'instituante, et que d'ailleurs l'instituante n'a aucunement renoncé au droit de disposer, à titre gratuit, de la portion disponible déterminée par la loi; d'où il résulte, qu'en décidant que, sous l'empire du Code civil, l'instituante qui n'avait plus d'enfans, mais seulement une fille de son fils institué, n'avait pu disposer, par testament, de la moitié de ses biens au profit de l'un des enfans de sa petite-fille, l'arrêt dénoncé a expressément violé la disposition de l'art. 913 du Code;

» La cour casse et annulle.....».

Qu'il nous soit permis de faire quelques observations sur cet arrêt.

Supposons que, par le contrat de mariage du 18 novembre 1789, la dame Montois eût purement et simplement et sans parler de ses autres enfans, institué Augustin-Antoine-Joseph son héritier universel.

Sans doute, dans cette hypothèse, ses autres enfans, s'ils lui avaient survécu, auraient, nonobstant l'universalité de cette Institution, pris dans sa succession les parts que le Code civil leur réservait.

Mais bien certainement ses autres enfans étant venus à mourir avant elle, elle n'aurait pas pu, au mépris de l'universalité de cette Institution, disposer, à titre gratuit, si ce n'est, comme le porte l'art. 1083 du Code civil, *pour sommes modiques à titre de récompense ou autrement.*

Or, quelle différence y a-t-il, pour le cas arrivé du prédécès des trois frères de l'institué, entre cette hypothèse et ce qui avait été réellement stipulé par le contrat de mariage de 1789? Aucune.

D'une part, si l'Institution comprise dans ce contrat, n'était pas explicitement universelle, elle l'était du moins implicitement; car, par cela seul que *j'institue un tel mon héritier*, sans autre explication, je suis censé l'instituer mon héritier universel. Cela résulte de la définition que les lois romaines nous donnent de l'hérédité : *Hereditas nihil aliud est quàm successio in universum jus quod defunctus habuerit.* (Loi 62, D. *de regulis juris.*)

D'un autre côté, peut-on dire qu'en instituant Augustin-Antoine-Joseph Montois *son héritier mobilier et immobilier, pour avoir une part égale dans sa succession à l'encontre de ses autres enfans*, la dame Montois ne l'eût *institué que dans une part égale à celle que ses autres enfans prendraient dans sa succession?* Non, évidemment non; et pour s'en convaincre, il suffit de supposer que la dame Montois, mariant à la fois ses quatre fils, les eût tous institués purement et simplement ses héritiers *pour partager sa succession entre eux par parties égales.* Dans ce cas, en effet, il n'est pas douteux que, par le prédécès de ses trois frères sans enfans, Augustin-Antoine-Joseph n'eût été censé appelé, dès le principe, à l'universalité de la succession (1), sans que l'instituant pût en détacher une quotité quelconque par des dispositions à titre gratuit. Pourquoi cela? Parceque l'assignation des parts ne se serait pas trouvée dans l'Institution elle-même, mais bien dans le mode de son exécution, et seulement *demonstrationis causâ;* parceque, comme l'a dit la cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1808, rapporté au mot *Accroissement*, n°. 2, *cette Institution conjonctive*, et par cela seul universelle, *n'aurait point été altérée ni dénaturée par l'addition des mots* « pour jouir et disposer de ladite » hérédité par égales portions »; *que cette expression n'eût annoncé d'aucune manière que l'instituante eût fait des parts et assigné une quote à chacun des héritiers qu'elle instituait, mais au contraire, qu'en les instituant tous ses héritiers universels, elle voulait que sa succession fût partagée également entre ceux qui la recueilleraient.* Mais si, dans cette hypothèse, l'instituante n'eût point été censée faire des parts, comment aurait-elle été censée en faire alors qu'elle n'instituait que son fils Augustin-Antoine-Joseph? Comment les mots *pour prendre dans sa succession une part égale à celle de ses autres enfans*, qui, dans l'une, n'aurait point empê-

(1) *V.* ci-après §. 10, no. 6.

ché cette Institution d'être solidaire, lui auraient-ils ôté cette qualité dans l'autre? Et s'ils n'ont pas pu la lui ôter, qu'elle base reste-t-il à la cassation prononcée par l'arrêt du 15 décembre 1818?

Inutile de dire que l'*instituant n'avait aucunement renoncé au droit de disposer à titre gratuit de la portion disponible déterminée par la loi.* La renonciation *au droit de disposer à titre gratuit de la portion disponible*, est essentiellement inhérente à toute Institution contractuelle, quelle que soit, au moment où se passe le contrat de mariage qui la stipule, la consistance de la famille de l'instituant, parcequ'en donnant à l'avance son hérédité, l'instituant la donne nécessairement telle qu'elle sera à l'instant de son décès, et par conséquent telle qu'elle devra être réglée d'après l'état où se trouvera alors sa famille.]]

IX. Voyons maintenant quels doivent être les effets de l'irrévocabilité des Institutions contractuelles, par rapport aux dispositions particulières qui y sont postérieures.

La plupart des auteurs des pays de droit écrit, considérant l'Institution contractuelle comme une donation entre-vifs des biens présens et à venir, prétendent que l'instituant ne peut plus aliéner ni même hypothéquer; en sorte qu'après sa mort, l'institué pourrait révoquer toutes les aliénations qui diminueraient l'hérédité.

Ils exceptent cependant plusieurs cas où les aliénations leur paraissent autorisées:

1°. Lorsqu'il s'agit de doter une fille, ou d'assigner une légitime aux autres enfans;

2°. Lorsque l'instituant ayant causé quelque dommage, il s'agit d'indemniser celui qui l'a souffert;

3°. Pour empêcher que l'instituant n'essuie quelque peine pour un crime;

4°. Pour le paiement des créanciers qui détiennent l'instituant en prison;

5°. Lorsque l'instituant se comporte en bon père de famille, et n'agit que pour la conservation et l'augmentation de ses biens, en achetant, vendant ou échangeant sans fraude, des meubles ou des immeubles;

6°. Pour se nourrir lui et sa famille, suivant son état;

7°. Pour le paiement des dettes qu'il avait contractées avant le contrat de mariage.

Toutes ces exceptions sont établies et développées par Fernand, Maynard, Duranty, Cambolas. Les deux premiers permettent aussi à l'instituant de bailler ses biens en emphytéose.

Guypape ajoute que, nonobstant l'Institution dans une certaine quotité, telle qu'une moitié ou un quart, l'instituant peut aliéner un immeuble entier, sauf à l'institué à en demander le remplacement sur les autres biens.

Hors ces cas, les auteurs cités regardent les aliénations comme nulles; et leur doctrine a été confirmée par plusieurs arrêts des parlemens de droit écrit. Duperrier en rapporte un rendu à Aix, le 11 décembre 1631, « par » lequel il fut jugé que le père qui, par un » contrat de mariage, avait institué son fils » dans une partie de ses biens présens et à » venir, n'avait pas pu aliéner ses biens au » préjudice de sondit fils, quoiqu'il n'y eût » point de soupçon de fraude auxdites aliéna- » tions; et le parlement de Toulouse l'a ainsi » jugé ».

Cette jurisprudence est avec raison désapprouvée, non-seulement par les auteurs des pays coutumiers, mais encore par quelques-uns de ceux des pays de droit écrit. Duperrier, qui dans ses *questions* s'abandonne là-dessus à de pures subtilités et à des distinctions frivoles, convient dans ses *maximes de droit*, que l'instituant peut, après le contrat de mariage, « emprunter et négocier comme au- » paravant, hypothéquer son bien, vendre et » permuter sans fraude et sans simulation....; » faire des legs pieux.....; en un mot, vivre » dans les biens comme un bon économe, » plutôt qu'en maître absolu ».

L'additionnaire de cet auteur, quoique attaché comme lui au parlement de Provence, est du même avis « L'instituant (dit-il) n'est » pas privé de l'entière liberté d'aliéner; il » s'est engagé seulement à n'avoir point d'au- » tre héritier, et il suffit qu'il ne rende point » inutile cette Institution, et qu'il ne lui » donne pas atteinte par des aliénations frau- » duleuses et faites sans nécessité ».

Furgole, avocat au parlement de Toulouse, avoue franchement que les principes de cette cour sur la matière des Institutions contractuelles, lui paraissent se choquer et se contredire; il en donne des raisons sans réplique:

1°. L'Institution contractuelle fait un véritable héritier, à qui elle défère tous les biens de l'instituant, de même qu'une Institution testamentaire; le terme le démontre, et on le juge ainsi au parlement de Toulouse. Cet héritier doit donc représenter l'instituant tel qu'il était au temps de sa mort, car l'hérédité déférée par contrat, ne peut pas être différente de celle qui est déférée par testament; l'une est essentiellement, comme l'autre, la

succession à tous les biens que le défunt avait au temps de sa mort, suivant la définition qu'en donne la loi 24, D. *de verborum significatione.*

2°. Si l'on considère l'Institution contractuelle comme une donation qui acquiert un droit irrévocable à l'institué du jour du contrat, il faut décider sans difficulté que l'institué venant à mourir avant l'instituant, transmet son droit à ses héritiers quels qu'ils soient; car une donation ne devient pas caduque par le prédécès du donataire, à moins que le retour n'ait lieu par la qualité des parties ou par convention : cependant on juge constamment au parlement de Toulouse, comme nous le verrons ci-après, que l'Institution devient caduque par le prédécès de l'institué sans enfans.

Il n'y a qu'un moyen d'éviter ces contradictions : c'est de dire, comme on l'a déjà remarqué, que l'Institution contractuelle, quoique irrévocable, fait un véritable héritier; que cet héritier représentant l'instituant au temps de sa mort, il est impossible qu'il révoque les aliénations faites sans fraude, parcequ'on peut lui opposer la règle, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*.

X. La jurisprudence des pays coutumiers n'a jamais varié sur ce point. On ne peut en donner une idée plus exacte qu'en transcrivant ici l'art. 320 de la coutume de Bourbonnais, qui forme là-dessus notre droit commun : « Institution d'héritier et pacte » de succéder faits en contrats de mariage, » s'entend seulement des biens qui se trouvent délaissés par le décès du disposant, » et n'empêche ladite Institution ou convention de succéder que ledit instituant ne » puisse aliéner ses biens par contrat entre-» vifs ».

La faculté d'aliéner, qu'accorde cet article, renferme-t-elle celle de disposer à titre gratuit?

On pourrait, ce semble répondre à cette question de la même manière que le fait Cujas, à celle de savoir si l'héritier chargé de restituer après sa mort tout ce qui restera de l'hérédité, peut faire des donations et exercer des libéralités à son gré. *Quis erit*, dit ce grand jurisconsulte, *hujus alienationis gradus? An permittemus donationem indefinitam? Minimè; sed si quid bonâ fide alienaverit heres, si ex justâ causâ, veluti ex causâ dotis, cùm mulier heres instituta non posset aliundè dotem sibi conficere, vel ex causâ donationis propter nuptias, vel ut redimat parentes suos aut fratres ab hostibus. Finge heredem ex hereditate aliquid diminuere ut redimat suos ab hostibus, quæ est causa justissima et piissima, ut alat se et suos. Ita igitur heres si quid ex hereditate alienaverit bonâ fide, id fideicommissarius ab eo petere non poterit.*

En assimilant à l'héritier grevé dont il s'agit dans ce passage, l'instituant qui a disposé de sa succession par un contrat de mariage, ne pourrait-on pas dire que celui-ci ne peut aliéner que pour des causes justes et nécessaires, et ne faudrait-il pas en conclure que les dispositions de pure libéralité lui sont interdites?

Cette opinion ne manque pas de partisans. Deheu, sur l'art. 80 de la coutume d'Amiens, après avoir dit que, outre le quint déféré aux puînés par cette loi municipale, il est encore permis au père et à la mère de leur léguer un autre quint par testament, ajoute : « pourvu néanmoins qu'ils n'aient » reconnu leur fils aîné pour tel par son contrat de mariage; car telle reconnaissance les » priverait de la faculté qui leur est déférée par la coutume, de disposer d'un quint, » et ne pourraient en sorte quelconque, par » donation testamentaire, diminuer les quatre parts dont les cinq font le tout, qui » appartiennent à l'aîné ès héritages féodeaux, ni même par don entre-vifs ».

Furgole, dont on a retracé plus haut les principes concernant les aliénation à titre onéreux, convient « que l'instituant ne peut » pas faire des aliénations à titre gratuit, au » préjudice de l'Institution, à cause de son » irrévocabilité, qui empêche que l'instituant » ne puisse y donner aucune atteinte par des » donations et autres dispositions gratuites » postérieures ».

Un arrêt du grand conseil de Malines, du 17 juillet 1621, rapporté par Cuvelier, paraît avoir adopté cette doctrine. Le père de Nicolas Monvoisin, domicilié à Arras, lui avait donné, par contrat de mariage, un immeuble en avancement d'hoirie, et lui avait en outre promis une part égale dans le surplus des biens qu'il laisserait à sa mort. Cet homme étant tombé malade, fit quelques legs à ses autres enfans pour les dédommager de ce qu'ils auraient de moins *ab intestat* que leur frère. Celui-ci se pourvut contre le testament. Débouté de sa demande par sentence des mayeur et échevins d'Arras du 16 avril 1609, il en interjeta appel au conseil d'Artois, où il articula et prouva des faits de suggestion; ce qui fit déclarer le testament nul par sentence du 29 novembre de la même

année. « En quoi il faut noter (dit l'arrêtiste) » que l'un et l'autre des juges ont présup- » posé que ladite paction n'avait empêché » de faire par ledit feu père, contraire dis- » position testamentaire, lesdits échevins » tout ouvertement, et les officiers du conseil » d'Artois en ce qu'ils ont fait droit seule- » ment en vertu de la nouvelle preuve des- » dites importunités, comme si le codicille » fût captatoire. Par arrêt de la cour du 17 » juillet 1621, il a été jugé que les appelans » ont appelé sans griefs, ayant été résolu » que ladite Institution contractuelle devait » sortir effet tant pour meubles que pour » immeubles ».

Le parlement de Paris a jugé plusieurs fois la même chose.

Robert en rapporte un arrêt du 14 août 1579, rendu sur un procès dans lequel il avait écrit, et qui a décidé qu'un père n'avait pu, au préjudice de la promesse qu'il avait faite de conserver l'égalité entre ses enfans, faire un prélegs à l'un d'eux par un testament postérieur.

Le Journal des audiences en contient un semblable du 17 décembre 1641, qui a cassé un prélegs fait par un père à un de ses enfans sous prétexte de récompense de services, parceque cette disposition préjudiciait à un autre enfant qui avait été institué contractuellement.

L'arrêt suivant est encore plus précis.

Le sieur et la dame Bosson avaient assuré leur succession future à la dame Bourzeis, leur fille, par son contrat de mariage : après la mort du sieur Bosson, la dame Bourzeis prétendit, sur le fondement d'une clause assez équivoque, que sa mère était réduite au simple usufruit de sa part dans la communauté. Par arrêt du 10 février 1738, rapporté dans la *collection de jurisprudence*, il a été jugé *que la veuve Bosson jouirait en toute propriété de la moitié des biens de la communauté, pour pouvoir par elle les vendre, aliéner ou hypothéquer, ensemble tout ce qui pourrait lui échoir dans la suite par succession, donation, legs ou autrement*, POURVU QUE CE NE FUT PAS A TITRE GRATUIT.

Voici deux arrêts plus récens qui ont encore confirmé cette jurisprudence.

Le premier a été rendu entre le sieur Geoffroy de Montjay, d'une part; le sieur Geoffroy d'Assy, le sieur d'Haine, et Anne-Magdeleine Geoffroy, son épouse, de l'autre.

Le sieur et la dame Geoffroy, père et mère des parties, se sont mariés en 1723, et ont fait en l'année 1730, l'acquisition de la terre de Bombom en Brie.

De leur mariage sont nés six enfans, dont quatre ont survécu leur père et leur mère : ce sont les sieurs Geoffroy l'aîné, Geoffroy de Montjay, Geoffroy d'Assy, et dame d'Haine.

Le père et la mère ont doté chacun de leurs enfans par contrat de mariage, d'une somme de 150,000 livres; ils ont de plus promis de garder l'égalité entre eux dans leurs successions futures, à l'exception de la terre de Bombom, qu'ils se proposaient de donner à leur fils aîné, avec charge de substitution à ses enfans mâles à naître, et à défaut d'enfant, reversible au second et à ses enfans mâles, et à défaut d'enfans mâles, au troisième fils et à ses enfans mâles.

Cette même exception de la terre de Bombom, en faveur du fils aîné, a été répétée dans les contrats de mariage des deux enfans derniers mariés.

Le sieur Geoffroy père est mort en 1770, sans avoir fait usage de la réserve de donner la terre de Bombom à son fils aîné, comme il se l'était proposé. Cette terre étant un conquêt de communauté, la moitié en appartenait à la mère survivante, et l'autre moitié appartenait aux enfans.

La dame Geoffroy mère, accoutumée à passer, depuis quarante ans, la majeure partie de l'année dans cette terre, a désiré la conserver en totalité; et en conséquence, elle lui a été abandonnée pour la somme de 451,335 livres.

La dame Geoffroy a survécu neuf ans à son mari. Elle est morte en 1779, après avoir fait un testament olographe, en date du 12 mai 1775. Dans cet acte, après divers legs particuliers, elle « donne à titre de prélegs à » son second fils, le sieur de Montjay, la terre » de Bombom, avec toutes ses appartenances » et dépendances, même les acquisitions qu'elle » peut y avoir réunies, et le mobilier de toute » nature qui s'y trouvera, avec tous les fruits » et revenus, à la charge par le sieur de Mont- » jay de faire rapport à sa succession de la » somme de 400,000 livres, dont il retiendra » et gardera pour lui celle de 62,500 livres, » paiera à son frère aîné celle de 212,506 li- » vres; à son frère d'Assy, celle de 62,500 li- » vres, et autant à la dame sa sœur, desquelles » sommes elle fait don et prélegs à ses enfans, » pour leur tenir lieu de tous leurs droits » dans ladite terre ». Enfin elle institue ses quatre enfans ses légataires universels, chacun par égale portion pour le surplus de tous ses biens.

Les dispositions de ce testament, qui contenaient des prélegs, blessaient l'égalité pro-

mise à tous les enfans par leurs contrats de mariage. Le sieur Geoffroy d'Assy et la dame d'Haine ne purent se déterminer à y acquiescer.

Le sieur de Montjay ayant formé sa demande en délivrance du prélegs de la terre de Bombom, le sieur d'Assy et la dame d'Haine demandèrent la nullité du testament quant au prélegs, et le partage égal, tant de la terre que de tous les autres biens de la succession, sauf les portions avantageuses appartenantes à l'aîné, selon la coutume.

La cause évoquée aux requêtes du palais, et plaidée contradictoirement, sentence est intervenue le 8 mai 1780, qui a déclaré le testament nul, quant au legs fait au sieur de Montjay, et a ordonné le partage égal de la terre, du mobilier et de tous les biens de la succession. Le sieur de Montjay en a appelé : sur l'appel, la cause, ajoutée au rôle, est tombée dans l'appointement; elle a été instruite par écrit.

Le sieur d'Assy et la dame d'Haine ont soutenu que le partage fait par la dame Geoffroy, de la terre de Bombom, sur le pied de l'évaluation de 400,000 livres, était injuste et blessait la loi de l'égalité, parceque la terre valait 600,000 livres au moins; et pour qu'il n'y eût aucun doute sur cette valeur, la dame d'Haine offrait de la prendre pour ce prix, et de faire raison à ses frères de leur part sur le pied de cette valeur ; ainsi, suivant cette évaluation, le sieur de Montjay, par la disposition du testament, était avantagé d'une somme de 200,000 livres.

Le sieur d'Assy et la dame d'Haine observaient aussi que le sieur et la dame Geoffroy, père et mère, avaient promis, dans les contrats de mariage de leurs enfans, de leur conserver l'égalité la plus parfaite, et s'étaient interdit la faculté de disposer de la terre de Bombom en faveur d'aucun autre que leur fils aîné; que, même dans ce cas, ils s'étaient obligés de la grever de substitution au profit des enfans mâles du fils aîné, et à leur défaut au profit du second, etc. ; qu'il suivait de cet engagement formel et irrévocable, pris dans des contrats de mariage, que, le père et la mère n'ayant pas disposé de la terre dans ces termes et au profit de l'aîné, cette terre était retombée sous la loi de l'égalité promise à tous les enfans.

Ils disaient encore que le sieur Geoffroy père, étant mort en 1770, sans avoir fait usage de la réserve stipulée, tous les enfans avaient eu, dès ce moment, un droit certain et assuré au partage égal de la terre, pour la moitié appartenante au sieur Geoffroy dans cette terre qui était un conquêt de communauté; que les égards de déférence et de respect qui avaient porté les enfans à abandonner à la dame leur mère, la terre tout entière dans son lot, selon ses désirs, n'avaient pu les priver de la certitude qui leur était acquise du droit de partage égal de la moitié dans la terre : qu'ainsi dans cette partie de la terre, la disposition de la dame Geoffroy excédait ses droits et ses pouvoirs; que, relativement à l'autre moitié, elle n'avait pas fait ce qu'elle pouvait faire, qui était le prélegs de la moitié en faveur de son fils aîné seulement, avec clause de substitution, selon les termes de la réserve; mais qu'elle avait fait ce qu'elle s'était mis, par la même réserve, dans l'impossibilité de faire; qu'elle l'avait même fait par un prélegs en faveur d'un autre enfant que son fils aîné; que, dès lors, sous tous les aspects, sa disposition ne pouvait subsister.

Par arrêt du 15 mars 1782, au rapport de M. de Chavannes, conseiller de grand'chambre, la sentence a été confirmée, et l'appelant condamné aux dépens.

Jean Baile et Françoise de Belut, sa femme, ayant deux filles de leur mariage, Marguerite et Léonarde, ont marié la première en 1766, à Antoine Gardeveau; et l'ont instituée, par leur contrat de mariage, leur héritière universelle, conjointement avec la seconde, avec engagement de ne point avantager l'une au préjudice de l'autre sous la réserve toutefois, en cas de naissance d'autres filles, de les doter chacune de 600 livres, d'un lit garni, et d'autres meubles désignés dans le contrat.

Lors du contrat de mariage de la seconde, en 1770, ils réitérèrent cette Institution contractuelle sous la même promesse, et dotèrent une autre fille, née dans l'intervalle des deux mariages, de 1400 livres au lieu de 600 livres, avec quelques meubles.

Dans l'un et dans l'autre contrat, clause expresse que le père et la mère s'engagent de ne point frauder directement ni indirectement l'Institution, au préjudice des instituées, par aucun acte entre-vifs, ni à cause de mort.

Marguerite Baile, l'une des instituées, devenue veuve de Gardeveau, épousa, en 1772, Jean Aupy. Les mêmes Institution et promesse d'égalité entre les deux sœurs furent répétées dans le second contrat de mariage.

Jean Aupy demeura avec sa femme chez son beau-père, et l'aida à faire valoir son bien.

Le 26 septembre 1780, Jean Baile fit un testament, par lequel il légua 200 livres aux pauvres, une pension de 200 livres à sa femme, une somme de 6000 livres et différens meubles à sa troisième fille, pour tous droits dans sa succession, et donna au sieur Aupy, pour les bons et agréables services qu'il en avait reçus et espérait en recevoir par la suite, et le récompenser des peines et soins qu'il s'était donnés pour le profit et avantage de sa maison, depuis environ neuf ans qu'il était venu demeurer avec lui, tous les bâtimens, maisons, domaines, prés, terres, pâtureaux et autres héritages à lui appartenans, au village de Coussedières, avec tous les meubles meublans, bestiaux, harnais de labourage qui garnissaient ces maisons et domaines, ensemble les cens et rentes, tant en grains qu'en argent, dépendant de la seigneurerie d'Essuis.

Jean Baile est mort peu de temps après. Demande formée au bailliage de Jarnage, par le sieur et la dame Aupy, contre les autres co-héritiers, en entérinement du testament et délivrance du legs qu'il renferme.

L'affaire est mise en arbitrage; et par sentence de MM. Tronchet, Babille et Le Gouvé, il est dit « que le legs fait par Jean Baile à » Jean Aupy est valable, et doit être exécu- » té, sauf néanmoins à être examiné si ledit » legs joint aux autres, porté audit testament, » n'excède pas le tiers de la valeur de la suc- » cession, auxquels cas seront tous réduits par » contribution au marc la livre, sauf aussi » l'action en rapport contre ledit Jean Aupy, » des alimens fournis à eux et à leurs enfans » dans la maison de leur père et beau-père, » les défenses réservées au contraire ».

Appel de la part de Gardeveau.

La défense de l'appelant a consisté à établir sur le texte des lois, la jurisprudence des tribunaux et les notions fondamentales de l'équité, la nullité radicale du legs fait au sieur Aupy, soit comme portant atteinte à l'Institution contractuelle faite par le père en mariant ses filles, et qu'il avait promis de ne frauder en aucune manière, directement ni indirectement, soit comme violant l'obligation formelle de ne faire aucune sorte d'avantage à l'une des instituées au préjudice de l'autre : sous le second rapport, il a prouvé que les avantages faits au gendre, devaient être regardés comme un véritable avantage indirect fait à sa fille dans la personne de son mari, le mari et la femme n'étant censés qu'une seule et même personne, et ces avantages devant profiter nécessairement à leurs enfans communs.

L'intimé a soutenu, au contraire, 1°. que le legs fait au sieur Aupy, considéré comme rémunératoire, était valable; 2°. que l'Institution contractuelle, même universelle, ne pouvait empêcher des dispositions particulières; 3°. que le gendre pouvait recevoir des libéralités dont sa femme était incapable; et que le legs qui lui avait été fait par son beau-père, n'était point un avantage indirect, parcequ'il ne devait pas être regardé comme personne prohibée.

Par arrêt du 2 mars 1784, rendu au rapport de M. Le Fèvre d'Amecourt, le parlement de Paris a mis l'appellation et ce au néant; émendant, a déclaré le legs fait au sieur Aupy nul, ordonné le partage égal de la succession du père commun, et condamné le sieur Aupy aux dépens.

A ces arrêts, s'en joint un autre du parlement de Flandre, dont voici l'espèce.

Le sieur Bureau, qui avait sept enfans, en mariant l'aîné, lui avait promis une part égale dans ses immeubles.

En mariant le second, il lui donna une somme assez forte pour le faire renoncer à sa succession immobilière.

En mariant le dernier, il lui donna pour apport sa maison et une brasserie.

Après la mort du père, l'aîné prétendit, en vertu de son Institution contractuelle, avoir un sixième dans la maison et dans la brasserie. Il demandait un sixième, parceque le renonçant ne faisait point part.

On lui opposa que le père s'étant épuisé pour marier ses six premiers enfans, il n'avait plus trouvé d'autre ressource pour procurer un parti convenable au cadet, que de lui abandonner sa maison et sa brasserie: que la rigueur de l'irrévocabilité de l'Institution contractuelle n'allait pas jusqu'à faire annuler une donation faite pour juste cause.

Cependant, par arrêt rendu au rapport de M. Durand d'Elecourt, en juin ou juillet 1779, les conclusions de l'aîné lui furent adjugées.

Je tiens cet arrêt de Me Savary, qui défendait une des parties entre lesquelles il a été rendu.

On ne peut rien de plus spécieux que toutes ces autorités; néanmoins il est très-constant qu'une Institution contractuelle n'empêche pas plus celui qui l'a faite, de disposer à titre gratuit, que d'aliéner à titre onéreux; et que l'on doit maintenir *toute libéralité* de l'instituant qui n'annonce point la fraude, soit par les circonstances dont elle est accompagnée, soit par l'excès auquel l'instituant l'a portée.

C'est ce qu'établit nettement Dumoulin, en plusieurs endroits de ses ouvrages. Sur l'art. 222 de la coutume de Bourbonnais, portant qu'on ne peut faire une seconde Institution contractuelle au préjudice d'une première, il dit: *Sed non impeditur quædam particularia legare, manente Institutione in suâ quotâ.* Il s'exprime à peu près de même sur l'art 31 du chap. 14 de la coutume d'Auvergne: *Non ergò potest dare coheredem etiam particularem, nisi ut legatarium vel donatarium certæ rei.* Il répète la même chose sur l'art. 12 du chap. 27 de la coutume de Nivernais: *Si donatio est universalis vel quotæ successionis, non impedit quin titulo particulari donator disponere possit inter vivos vel in testamento, aliàs quàm per Institutionem.*

Ricard, Lebrun, Laurière, Bourjon, confirment et développent cette doctrine.

Les autorités que l'on invoque pour la combattre, n'aboutissent à rien moins qu'à cet objet.

Deheu ne parle, et les arrêts de 1579, 1621, 1641, 1779, 1782 et 1784 n'ont été rendus que dans des espèces où le père, après avoir institué contractuellement un de ses enfans, avait disposé à l'avantage d'un autre. On sait, par exemple, qu'une déclaration d'aîné et d'héritier principal empêche le père et la mère de diminuer par des donations aux autres enfans la portion légale de celui au profit de qui elle a été faite, quoique le père et la mère restent maîtres de faire des dispositions en faveur d'étrangers: « Les père et mère (dit » Bourjon) peuvent toujours disposer de leurs » biens et même de leurs fiefs, nonobstant » une telle déclaration par eux faite, portée » par le contrat de mariage de leur fils aîné: » pourvu, à l'égard des fiefs, que ce ne soit » pas en faveur des puînés ».

Il en est de même d'une promesse d'égalité: « Cette promesse (dit encore Bourjon) n'empêche les dispositions à titre particulier, » en exceptant celles qui seraient faites en » faveur des autres enfans auxquels elle fait » absolument obstacle ».

Ainsi, rien d'étonnant si Deheu et les arrêts cités ont décidé que l'Institution contractuelle empêche l'instituant de faire quelque avantage aux co-héritiers de l'institué; mais conclure de là que l'instituant est incapable de disposer à titre gratuit en faveur d'autres personnes, ce serait argumenter du particulier au général, et vouloir rendre absolue une défense purement relative; ce qui serait contraire aux premières notions de la saine logique.

Il faut donc regarder comme une maxime constante que l'Institution contractuelle n'empêche pas celui qui l'a faite, de donner sans fraude, soit entre-vifs, ou à cause de mort. C'est en ce sens qu'on doit entendre le passage de Furgole et l'arrêt de 1758, cités plus haut. La fraude se présume naturellement dans une donation faite à l'un des co-héritiers de l'institué, lorsque cette donation diminue la part promise à celui-ci; mais excepté ce cas, on ne peut pas la présumer; il faut qu'elle soit prouvée, ou au moins que les circonstances en fournissent des indices suffisans.

Une des plus fortes présomptions de fraude qui puisse avoir lieu dans cette matière, est celle qui résulte de l'excès de la libéralité, et conséquemment du préjudice notable qu'elle fait à l'institué. Dans ces sortes de cas, les uns veulent que la donation soit déclarée nulle, les autres qu'elle soit seulement réduite *ex æquo et bono*. Lebrun laisse la question à l'arbitrage du juge, et rapporte un arrêt du 17 avril 1646, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon, par lequel a été réduit à 10,000 livres un legs considérable dont la vicomtesse d'Auchi avait gratifié un gentilhomme qui était de ses domestiques, au préjudice de l'Institution contractuelle qu'elle avait précédemment faite de son fils aîné.

Au surplus, dit Lebrun, « ceux qui font » Institution contractuelle avec réserve de » pouvoir disposer jusques à une certaine » concurrence, se prescrivent eux-mêmes » des bornes pour les donations entre-vifs et » testamentaires ». C'est en effet ce qui résulte de la maxime, *inclusio unius est exclusio alterius*. Et c'est ce qu'a jugé un arrêt cité sans date par Brodeau sur Loüet, lettre S, §. 3.

L'additionnaire de Duperrier en rapporte un autre du parlement de Toulouse, du 11 mai 1737, qu'il prétend avoir décidé la même chose. Cet arrêt a effectivement jugé qu'un père qui avait institué contractuellement son fils dans tous ses biens, distraction faite d'une certaine somme pour une fille qu'il lui restait à établir et à doter, n'avait pas pu disposer d'une plus grande somme, ni charger l'institué de quelques pensions viagères envers ses autres enfans. Mais on sent que, pour juger ainsi, il n'a pas fallu recourir au principe de Lebrun: pour annuler les donations dont il s'agissait, il suffisait, suivant ce qu'on vient de voir, qu'elles fussent faites en faveur des co-héritiers de l'institué et à son préjudice.

[[*V.* le n°. suivant.

XI. Aujourd'hui la législation est la même sur cette matière dans toute la France. L'art. 1083 du Code civil porte que la donation faite par contrat de mariage aux époux et à leurs enfans à naître, de tout ou en partie des biens qu'on laissera au jour de son décès, « sera irrévocable, en ce sens seulement que » le donateur ne pourra plus disposer, à titre » gratuit, des objets compris dans la dona- » tion, si ce n'est pour sommes modiques, à » titre de récompense ou autrement ».

Lorsque, par l'Institution contractuelle, l'instituant s'est réservé la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit, jusqu'à la concurrence d'une somme déterminée, la donation entre-vifs qu'il fait ensuite d'un bien dont la valeur n'excède pas cette somme, peut-elle être rendue caduque par l'effet d'aliénations postérieures à titre onéreux qui épuisent toute la fortune du donateur?

Le 1er. juin 1787, contrat de mariage entre Charles-Félix Dainval et Marie-Henriette-Geneviève de Louvencourt. La dame de Veilles, veuve de Louvencourt, paraît à ce contrat, et y institue les futurs époux *héritiers des biens propres qu'elle laissera à son décès, se réservant la faculté de disposer sur ces mêmes biens propres, jusqu'à concurrence de* 120,000 *livres, par vente, donation, testament ou par toute autre disposition.*

Le 4 décembre 1790, la dame de Louvencourt fait donation entre-vifs au sieur de Veilles, son cousin, de la terre de Dompront et de quelques autres biens, le tout faisant partie de ses propres, et évalué 75,000 livres.

Depuis et jusqu'en 1803, époque de sa mort, elle aliène successivement, par des ventes partielles, tout le restant de ses biens propres.

Les sieur et dame Dainval, héritiers contractuels de ces biens, ne trouvant plus dans leur Institution qu'un titre illusoire, assignent en délaissement Jeanne Dupuy, héritière du sieur de Veilles, donataire entre-vifs, et tous les acquéreurs à titre onéreux.

Les premiers juges déclarent les sieur et dame Dainval non-recevables.

Appel à la cour d'Amiens.

Le 19 juillet 1806, arrêt qui confirme le jugement à l'égard des acquéreurs à titre onéreux, attendu qu'ils ont traité de bonne foi; mais le réforme, en ce qui concerne la donation de 1790, « attendu qu'elle a été le » principe et le commencement d'exécution du » dessein consommé par les ventes postérieu- » res, d'anéantir l'Institution contractuelle ».

Jeanne Dupuy se pourvoit en cassation contre cet arrêt; et, le 7 juin 1808, au rapport de M. Génevois,

« Vu l'art. 1er. de la loi du 18 pluviôse an 5....;

» Vu les dispositions de l'ordonnance de 1731, concernant l'irrévocabilité des donations entre-vifs, rappelées et précisées dans l'art. 953 du Code civil, ainsi conçu : « *La donation entre-vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfans;*

» Vu aussi l'art. 34 de l'ordonnance de 1731, concernant la réduction et le retranchement des donations....;

» Vu de même les art. 920 et 923 du Code civil;

» Attendu que la donation du 4 décembre 1790, annulée par la cour d'appel d'Amiens, n'était que l'exécution littérale de la condition sous laquelle avait été consentie l'Institution contractuelle en faveur des mariés Dainval, puisque l'instituante s'était expressément réservé la faculté de faire cette donation; et attendu qu'une donation faite en exécution du contrat qui renferme l'Institution contractuelle, et conformément aux clauses de ce contrat, ne peut pas être considérée comme faite en fraude de l'Institution contractuelle, ni même comme un indice d'une telle fraude : d'où il suit que la cour d'appel d'Amiens, en prononçant la nullité de cette donation, sous le vain prétexte d'une fraude qui ne pouvait exister, a violé d'abord l'art. 1er. de la loi du 18 pluviôse an 5, qui veut que les Institutions contractuelles aient *leur plein et entier* effet, sans excepter aucune des clauses ni conditions du contrat; elle a violé ensuite l'ordonnance de 1731 et les articles précités du Code civil, en ce qu'elle a révoqué arbitrairement une libéralité qui, de sa nature, était irrévocable, excepté dans les cas nommément prévus et désignés dans ces mêmes lois, et qui ne se rencontraient point dans l'espèce de la cause;

» Attendu qu'en supposant non disponibles les biens aliénés par l'instituante, au préjudice de l'Institution contractuelle, la cour d'appel aurait encore violé les lois précitées, d'abord en déclarant nulle une donation qui n'eût été que *réductible*, et ensuite en faisant porter, de préférence, le retranchement sur cette première aliénation, tandis que, suivant la règle tracée par les lois, on ne doit toucher aux premières aliénations que subsidiairement et après avoir épuisé les dernières, en remontant successivement de ces dernières aux premières;

» Par ces motifs, la cour, vidant son délibéré du 29 mars dernier, casse et annulle

l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Amiens, le 19 juillet 1806, etc. ».]]

XII. Il faut remarquer à cette occasion, que les pères et mères qui ont promis l'égalité à un de leurs enfans, ne sont pas plus maîtres d'avantager les autres par des ventes à vil prix, que par des donations directes. C'est ce qui a été jugé solennellement dans l'espèce suivante.

La dame Hanecart de Briffœuil avait marié ses trois enfans, le sieur Hanecart de Briffœuil, le sieur Hanecart d'Estours et le sieur Hanecart d'Yrval, avec promesse de les égaler tous dans sa succession mobilière et immobilière. Les terres de Busignies et de Molain en Cambresis lui étant échues quelque temps après ces trois mariages, elle les vendit au sieur Hanecart de Briffœuil, son fils aîné, à un prix fort au-dessous de leur valeur. Après sa mort, les deux puînés réclamèrent contre cette aliénation. Un premier arrêt rendu au parlement de Flandre, ne les traita pas aussi favorablement qu'ils l'espéraient; mais ils prirent la voie de révision; en conséquence, par arrêt du 29 mars 1773, la vente fut déclarée nulle; et il fut ordonné au sieur de Briffœuil de rapporter les deux terres dans la masse de la succession, avec tous les fruits perçus depuis la vente.

En partant du principe confirmé par cette décision, il faut dire que la défense d'avantager un des enfans, au préjudice de ceux qui sont institués contractuellement dans une part égale, empêche même l'instituant d'accorder à l'un d'eux un bail à ferme ou à loyer, toutes les fois que, par-là, il cause quelque tort aux autres, soit en réduisant trop le prix du bail, soit en privant ceux-ci de la participation aux bénéfices d'une jouissance en nature ou d'une exploitation qui devrait être commune. Je l'ai vu juger ainsi à la gouvernance de Douai, entre des particuliers de Saint-Amand, par une sentence de 1782, dont on n'a pas osé appeler, et en cela, on s'est conformé aux dispositions des coutumes de Montargis, chap. 15, art. 1; de Touraine, art. 302; et de Loudunois, chap. 25, art. 1.

XIII. Ce serait ici le lieu d'exposer la différence qui se trouve, par rapport à la faculté de faire des dispositions postérieures, entre une simple convention de succéder, et une reconnaissance d'aîné et d'héritier principal. Mais ce que nous avons dit là-dessus au mot *héritier*, sect. 3, §. 2, nous dispense d'entrer ici dans de plus grands détails.

[[XIV. Une autre question qui pourrait ici trouver sa place, est de savoir si un père qui a institué un de ses enfans héritier contractuel, peut ensuite, par une ordonnance obtenue du roi, changer l'ordre successif d'une terre, en la faisant ériger en domaine de dignité, conformément au sénatus-consulte du 14 août 1806, et au décret du 1er. mars 1808? Mais cette question est déjà traitée sous le mot *Duc*, n°. 4. *V.* d'ailleurs l'article *Majorat*, §. 6.

XIV *bis*. Dans tout ce que nous venons de dire sur les effets de l'irrévocabilité de l'Institution contractuelle, nous avons supposé que, par le contrat de mariage qui la contient, l'instituant ne s'est pas réservé, soit le pouvoir de la révoquer, soit, ce qui revient au même, la libre disposition de tous ses biens. Que serait-ce donc si l'Institution n'était faite qu'avec l'une ou l'autre réserve?

Il est évident qu'alors l'instituant n'aurait fait qu'un règlement *ab intestat*, et que par conséquent les effets de son Institution devraient être réglés comme si elle était écrite dans un testament. *V.* l'arrêt de la cour de cassation, du 5 décembre 1815, rapporté au mot *Réserve*, sect. 6, n°. 6.

XV. L'Institution contractuelle exproprie-t-elle l'instituant, lorsqu'elle contient de sa part une réserve de l'usufruit de ses biens? Ou, en d'autres termes, cette réserve convertit-elle l'Institution contractuelle en donation entre-vifs?

Non. Une pareille clause n'est, de la part de l'instituant, qu'une précaution contre l'abus que l'institué pourrait faire de son Institution; elle n'est ajoutée à l'institution que pour lever, dans l'esprit de l'Instituant, des doutes qui ne doivent l'être qu'à son ignorance: elle ne dénature donc pas l'Institution. *Quæ dubitationis tollendæ causâ contractibus inseruntur, jus commune non lædunt*, dit la loi 83, D. *de regulis juris*. C'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêt, notamment celui du 19 décembre 1710, qui est rapporté ci-après, §. 12, n°. 6, et celui du 10 février 1738, que nous avons rappelé ci-dessus, n°. 9.

Il en serait de même si, à la réserve d'usufruit, l'instituant avait joint celle de la faculté de disposer de certains effets seulement.

A la vérité, en répondant à la question de savoir quel devait être (d'après la loi du 17 nivôse an 2, qui annulait les Institutions contractuelles non encore ouvertes, quoique stipulées même avant le 14 juillet 1789), « le » sort des dispositions qui, bien que qualifiées » d'Institutions contractuelles, avaient im» médiatement dessaisi le donateur, soit en » ce qu'il avait borné ses droits à un simple

» usufruit, soit en ce qu'il s'était réservé par-
» ticulièrement la disposition de tel ou tel
» fonds, soit enfin en ce qu'il y avait eu tra-
» dition effective, le tout antérieurement au
» 14 juillet 1789 », l'art. 1er. de la loi du 9 fructidor an 2 déclare « qu'on ne peut voir
» dans un tel acte, qu'une disposition entre-
» vifs qui avait saisi le donataire de tout ce
» que le donateur ne pouvait plus aliéner ».

Mais cette décision qui, à l'époque où elle a été rendue, n'avait d'autre objet que de tempérer les effets désastreux des dispositions rétroactives de la loi du 17 nivôse précédent, a perdu toute son autorité, du moment où elle a cessé d'être utile, c'est-à-dire, du moment où les dispositions rétroactives de la loi du 17 nivôse an 2 ont été abrogées par la loi du 9 fructidor an 3.

Aussi la cour de cassation a-t-elle, par arrêt du 17 nivôse an 11, annulé un jugement du tribunal civil de Mont-de-Marsan, qui, sur la demande faite par la régie de l'enregistrement au sieur Broca, du droit de mutation des successions de son père et de sa mère, l'on avait déchargé sous le prétexte qu'avant l'établissement de ce droit, et du vivant de son père et de sa mère, il avait été saisi de la propriété de leurs biens, par l'effet d'une Institution contractuelle, contenant à la fois et réserve d'usufruit et faculté de disposer d'une somme déterminée. (*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Institution contractuelle*, §. 2).

Les mêmes motifs ont encore dicté l'arrêt suivant.

Le 4 octobre 1787, David Catulse, mariant son fils Norbert à Marie Laplante, l'institue son *héritier universel sur tous ses biens présens et* A VENIR, *sous réserve d'usufruit et de la faculté de disposer d'une somme de* 500 *livres pour œuvres pies; laquelle somme, au cas de non disposition, restera en propriété à l'héritier institué, lequel, présent, a accepté.*

Le 9 vendémiaire an 9, l'instituant meurt dans la commune d'Ousse, arrondissement de Mont-de-Marsan.

Le 8 germinal suivant, Norbert Catulse fait sa déclaration en qualité d'héritier institué, au bureau d'enregistrement de Sabres, mais en énonçant que l'Institution contenue dans son contrat de mariage étant *irrévocable*, il avait été, *à l'instant même*, saisi de tous les biens possédés alors par son père, et que celui-ci, n'ayant fait depuis aucune acquisition, il ne doit payer aucun droit proportionnel, d'autant que l'Institution remonte à une époque où les libéralités en ligne directe n'étaient passibles d'aucun droit de mutation.

Le receveur de l'enregistrement, loin d'adopter ce système, décerne et notifie à Norbert Catulse, une contrainte à fin de paiement d'une somme de 200 francs, sauf à augmenter ou diminuer, pour le droit de mutation des biens meubles et immeubles compris dans son Institution.

Par jugement du 3 ventôse an 10, le tribunal de Mont-de-Marsan décide que l'Institution d'héritier faite par contrat de mariage, étant irrévocable, l'institué devient, au moment même, propriétaire des biens appartenans alors à l'instituant; et en conséquence, *sans s'arrêter à choses dites ou alléguées par les régisseurs du droit d'enregistrement*, il annulle et déclare comme non avenue la contrainte du 13 germinal an 9.

L'administration de l'enregistrement demande la cassation de ce jugement; et le 24 nivôse an 13, au rapport de M. Bailly,

« Vu le nº. 4 du §. 3 de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7;

» Considérant qu'une Institution contractuelle, faite par contrat de mariage, est une disposition mixte, qui participe de la donation entre-vifs, en ce que, comme elle, elle est irrévocable, et de la disposition testamentaire, en ce que, comme celle-ci, elle ne donne que des espérances qui ne doivent avoir d'effet qu'à la mort de l'instituant; qu'une telle disposition n'assure irrévocablement à l'institué que le titre d'héritier, sans être un obstacle à ce que l'instituant aliène sans fraude les biens qu'il possède au jour du contrat; considérant que, dans l'espèce, l'Institution d'héritier portée au contrat de mariage de Norbert Catulse, du 4 octobre 1787, n'a conféré irrévocablement à celui-ci, que l'hérédité future de l'instituant, telle qu'elle se trouverait au jour du décès de ce dernier, sans l'investir de la propriété actuelle d'aucun bien; que cette Institution pouvait même devenir caduque, par le prédécès de Norbert Catulse sans enfant;

» Considérant qu'il est impossible de déterminer quelle doit être la somme à payer pour droit de mutation de biens qui ne sont pas même encore dans les mains de l'instituant, puisqu'ils ne lui appartiendront qu'en vertu d'acquisitions postérieures au jour de l'Institution; que celle dont il s'agit, comprenait les biens à venir; en un mot que la déclaration de biens recueillis à titre d'héritier ne peut être ni régulière, ni proportionnée à la valeur et à la masse de ces biens, avant qu'il y ait une hérédité;

» D'où il résulte que ce n'est que le décès de l'instituant, qui opère la mutation qui

donne ouverture au droit d'enregistrement, dans la proportion de la valeur des biens qui passent de la tête de l'instituant sur celle de l'institué; et par conséquent, qu'il y avait lieu d'exiger de Norbert Catulse, le droit proportionnel qui a été l'objet de la contrainte du 13 germinal an 9.

» La cour casse et annulle, pour contravention au n°. 4 du §. 3 dudit art. 69 de la loi du 22 frimaire an 7, le jugement rendu au profit de Norbert Catulse, contre l'administration de l'enregistrement, par le tribunal de première instance de mont-de-Marsan, ledit jour 3 ventôse an 10 ».

XVI. Mais l'instituant n'est-il pas exproprié à l'instant même du mariage des institués, lorsque, par le contrat, il est dit que « les » époux entreront dans sa maison comme vrais » héritiers tant de ses biens meubles que de » ses biens immeubles présens et à venir » ?

Une clause ainsi conçue se trouvait dans le contrat de mariage passé le 21 janvier 1789, entre François Kauzen et Anne-Marie Wegenes; et sur ce fondement, le tribunal civil de Luxembourg avait décidé, par un jugement du 15 nivôse an 13, que la mort du père et de la mère de François Kauzen, arrivée en l'an 10, n'avait donné ouverture à aucun droit de mutation au profit de l'administration d'enregistrement. Mais ce jugement a été cassé le 8 décembre 1806, au rapport de M. Botton de Castellamonte,

« Attendu que l'acte notarié de 1789 ne renferme qu'une Institution contractuelle; qu'il est de principe que les Institutions de ce genre ne transmettent à l'institué que le titre et la qualité d'héritier, et non la propriété effective des biens; que l'instituant la conserve pendant sa vie, puisqu'il est des cas où il peut faire des aliénations, qu'ainsi, ce n'est qu'à sa mort qu'il s'opère une mutation de propriété;

» Que, dans l'espèce, le décès de François Kauzen étant postérieur à la publication de la loi du 22 frimaire an 7, il y a eu mutation de propriété depuis cette loi, et en conséquence ouverture, suivant l'art. 4, au droit de mutation fixé par l'art. 69;

» Qu'ainsi, le tribunal de Luxembourg, en donnant main-levée de la contrainte, a contrevenu à ces deux articles de loi ».]]

§. IX. *L'ingratitude de l'institué peut-elle autoriser la révocation de l'Institution contractuelle ?*

L'affirmative ne souffre pas de doute relativement aux Institutions qui se font par acte de société universelle, par partage d'une succession échue, et par consentement au partage anticipé d'une succession future. La première pouvant être dissoute par une renonciation pure et simple à la société, il est clair que l'instituant peut prendre cette voie lorsqu'il a à se plaindre de l'institué. La seconde n'est qu'une donation entre-vifs : elle est donc sujette, dans toute son étendue, à la loi dernière, C. *de revocandis donationibus.* La chose est encore plus claire à l'égard de la troisième, qui n'est qu'une simple disposition à cause de mort, toujours révocable de sa nature.

Il y a plus de difficulté par rapport à l'Institution qui se fait par contrat de mariage.

Ripa, Pinellus, Expilly, Rousseaud de Lacombe et plusieurs autres auteurs sont d'avis que les donations faites en faveur de mariage, et conséquemment les Institutions contractuelles ne peuvent pas être révoquées pour cause d'ingratitude; et c'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement d'Aix, du 12 juin 1675, rapporté par Boniface.

D'un autre côté, Ricard, Duperrier, Laurière, Bourjon soumettent ces sortes de donations à la révocation pour cause d'ingratitude; et l'on cite, à l'appui de cette opinion, deux arrêts du parlement d'Aix des 20 septembre 1676 et 15 janvier 1618, rapportés par Thoron et Duperrier. On remarque que, dans l'espèce du premier, la donation était faite à celui qui se mariait et à ses enfans.

Nous ne devons pas omettre les raisons qu'on emploie respectivement en faveur de ces deux opinions

Les partisans de la première s'appuient sur la loi 70, D. *de jure dotium*, qui est ainsi conçue : *Patrona dotem pro libertâ jure promissam, quòd extiterit ingrata, non retinebit.*

Ils citent encore la loi 24, C. *de jure dotium*, dont voici les termes : *Si dotem marito libertæ vestræ dedistis, nec eam reddi vobis, soluto matrimonio, continenti pacto vel stipulatione prospexistis, hanc culpâ uxoris, soluto matrimonio, penès maritum remansisse constitit, licet circa vos ingratam fuisse ostenderitis.*

On ajoute à ces textes, que la donation en faveur de mariage est un véritable contrat à titre onéreux : « Sans elle (dit Rous- » seaud de Lacombe) le mariage n'eût été » contracté : elle est en faveur des enfans du » mariage; il n'est pas juste qu'ils souffrent » pour la faute de leurs parens ».

Et d'ailleurs comme le dit le président Favre, *Hujusmodi donationis commodum non ei tantùm personæ acquiritur cui donatum est, sed conjugi quoque et liberis ex eo matrimonio*

etiam omnium rationem haberi æquum est. Undè est quod contractus matrimonii non unius aut alterius personæ contractus est, sed totius familiæ et eorum omnium inter quos agnationis et cognationis jura consequuntur.

Les sectateurs de la deuxième opinion répondent d'abord que les deux lois citées sont tout-à-fait étrangères à la question proposée, « vu (dit Ricard) qu'elles parlent au cas » de la dot donnée pour la femme au mari, » et dont la propriété même appartenait de » plein droit au mari, en cas qu'il survécut » à la femme : si bien que la révocation pour » cause d'ingratitude ne commençant son effet » que du jour de l'action, elle ne peut pas, » au cas de ces lois, faire préjudice aux droits » qui étaient acquis au mari avant l'action » du donateur et l'ingratitude même commise..... Il suit de là que ces lois n'ayant » aucun rapport avec les donations qui se » font parmi nous en faveur de mariage, je » ne fais pas de difficulté que la révocation » pour cause d'ingratitude n'y puisse être » appliquée, lorsqu'il n'y a que le donataire » intéressé ».

Aussi voyons-nous Perèz sur le Code, et Voët sur le Digeste, soutenir que la décision de ces lois n'avait pas lieu, même chez les Romains, dans le cas où la dot retournait à la femme après la dissolution du mariage, en sorte qu'alors il était permis au donateur de la révoquer pour cause d'ingratitude.

A l'égard de la faveur des donations à cause de mariage, et de la considération qu'elles sont censées faites aux époux des donataires et à leurs enfans, on répond premièrement qu'il n'est point de faveur qui puisse couvrir l'ingratitude; en second lieu que la succession du père et de la mère n'est pas plus due à l'enfant qu'ils ont institué en le mariant, que la légitime à l'enfant qui a été marié sans institution; que personne ne doute qu'un époux ingrat envers l'auteur de ses jours, ne puisse être privé de sa légitime au préjudice de l'autre; que par conséquent il doit être également permis de révoquer une Institution contractuelle pour cause d'ingratitude.

Dans ce combat d'autorités et de raisons, je remarque d'abord plusieurs cas sur lesquels il ne peut y avoir aucune difficulté.

1°. Il est constant que les avantages faits par un époux à l'autre dans le contrat de mariage, peuvent être révoqués pour cause d'ingratitude. Trois arrêts célèbres l'ont ainsi jugé.

Le premier, rendu au grand conseil le 1er. mars 1697, contre M. Le Camus, maître des comptes, a déclaré nulle et révoquée pour cause de sévices et mauvais traitemens, la donation que lui avait faite son épouse.

Le second, intervenu à la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris, le 26 février 1728, a prononcé une pareille révocation contre le comte de Marini.

Le troisième, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, en séparant la vicomtesse de l'Hôpital de son mari, a déclaré nuls et révoqués pour cause d'ingratitude, tous les dons et avantages qu'elle lui avait faits.

Nous trouvons dans les plaidoyers de Cochin, que la même chose a été jugée par sentence contradictoire du Châtelet du 13 août 1728, contre le sieur de Chasle. D'après cela, point de doute qu'une Institution contractuelle faite par un des époux au profit de l'autre, ne soit soumise à la révocation pour cause d'ingratitude. [[*V.* l'article *Séparation de corps*, §. 4, n°. 5.]]

2°. Il faut dire la même chose de toute Institution contractuelle qui se fait par des époux ou l'un d'eux en faveur de leurs enfans à naître. C'est ce qu'a jugé un arrêt du 31 juillet 1585, cité par Rousseaud de Lacombe.

3°. Il est constant, au contraire, que l'ingratitude d'un seul époux n'est pas une cause suffisante pour faire révoquer une Institution contractuelle qui comprendrait nommément les deux époux : chacun d'eux ayant en ce cas une action de son chef, il ne doit pas être au pouvoir de l'un d'en priver l'autre par son ingratitude envers l'instituant. C'est vraiment ici qu'on peut appliquer les lois romaines rapportées plus haut.

4°. Lorsque l'institué est grevé de fidéicommis envers ses enfans, il est clair que son ingratitude ne peut point faire révoquer l'Institution à leur égard : « Il ne peut (dit Ricard) donner lieu à la révocation que de » ce qui lui appartient; savoir, de la jouissance des choses données, sa vie durant, » vu que cette espèce de révocation est purement personnelle ».

Reste donc à savoir si la révocation doit être admise dans le cas d'une Institution faite purement et simplement en faveur d'une personne qui se marie. A cet égard, il nous paraît que les raisons employées par Ricard et ses partisans, pour établir l'affirmative, l'emportent sur celles dont on appuie l'opinion contraire.

Laurière soutient, en adoptant l'avis de Ricard, qu'il faut le modifier en faveur des enfans de l'époux institué. « Il faut bien observer (dit-il) que, dans ce cas, la révocation, et même l'exhérédation, ne nuira pas aux enfans, parcequ'ils sont substitués vulgairement, ainsi qu'on le fera voir ci-après ».

Cette observation paraît très-juste. Il y a toujours ouverture à la substitution vulgaire, lorsque l'institué ne veut ou ne peut pas être héritier : ici, il ne peut pas l'être, à cause de la révocation causée par son ingratitude; c'est donc de leur chef que ses enfans viennent à la succession de l'instituant; conséquemment la révocation qu'il a méritée par ses mauvais procédés, n'anéantit l'Institution qu'à son égard.

Ricard n'est point contraire à ce sentiment. Il dit, à la vérité, que, dans le cas d'une donation faite au futur époux et aux enfans qui doivent naître du mariage, sans charge de fidéicommis envers ceux-ci, la révocation prononcée contre le père, a aussi effet contre eux, *parcequ'il a eu pleine et entière faculté d'aliéner à leur préjudice* (1). Mais le cas d'une donation est bien différent de celui d'une Institution. Dans le premier, le père consomme son droit et celui de ses enfans, parceque la tradition qui lui a été faite, l'a rendu propriétaire absolu. Dans le second cas, son droit n'est qu'en expectative; il ne jouit de rien du vivant de l'instituant; il ne peut donc pas enlever à ses enfans l'espérance qu'ils ont de succéder à son défaut; tout ce qu'il peut faire, c'est de se fermer à lui-même la voie de la succession.

[[Aujourd'hui, l'ingratitude n'est, en aucun cas, une cause suffisante pour autoriser la révocation d'une Institution contractuelle. Seulement dans les pays étrangers encore régis par notre Code civil, et où il n'existe pas de loi qui ait, à l'instar de celle du 8 mai 1816, aboli le divorce admis par ce Code. L'épouse qui a institué contractuellement son époux, peut, pour cause de sévices, d'excès ou d'injures graves, faire cesser l'effet de son Institution, en poursuivant et faisant prononcer son divorce. *V.* le Code civil, art. 299 et 959, et le mot *Ingratitude.*]]

§. X. *Quels sont les effets utiles des Institutions contractuelles, par rapport aux institués?*

I. L'art. 1er. du chap. 15 de la coutume d'Auvergne décide que les Institutions faites par acte de société universelle, forment des héritiers proprement dits, *et saisissent les contrahans ladite association ou leurs descendans,* disposition sur laquelle Dumoulin a mis la note suivante : Et SAISISSENT, *scilicet de prædiis sitis sub hâc consuetudine, ut notant; extrà ejus territorium valet quidem pactio ubiquè, sed translatio possessionis quæ fit in vim consuetudinis, non valet nisi intrà ejus territorium.*

Les Institutions qui se font par les partages des successions échues, ne peuvent former que des donataires. Nous l'avons démontré plus haut.

A l'égard de celles qui résultent du consentement donné par celui à qui il s'agit de succéder, au partage anticipé que ses héritiers présomptifs font entre eux de sa succession, il est sensible d'après ce que nous avons déjà dit plusieurs fois, qu'elles ne forment que des héritiers *ab intestat.*

[[*V.* ci-devant, §. 3, nos. 4, 5 et 6.]]

II. Quant à l'Institution faite par contrat de mariage, son principal avantage est de faire un véritable héritier qui est saisi de plein droit des biens du défunt, par la seule force de la disposition faite en sa faveur, comme les héritiers du sang en sont saisis par la règle, *le mort saisi le vif. V.* l'article *Héritier,* sect. 1, §. 1, no. 5.

Cette espèce d'Institution contractuelle fait donc passer de plein droit dans la personne de l'institué, tous les biens que l'instituant laisse au moment de son décès; ce qui s'entend si elle est universelle; car si elle n'était que d'une certaine quotité, on ne pourrait pas en étendre l'effet plus loin.

On élève à ce sujet plusieurs questions intéressantes.

III. La première est de savoir si cette Institution est sujette aux réserves coutumières.

L'affirmative n'est susceptible d'aucun doute dans les coutumes qui soumettent les dispositions entre-vifs aux mêmes réserves que celles qui ont lieu à cause de mort : telles sont les coutumes de Poitou, d'Anjou, du Maine, de Touraine, du Lodunois, de Normandie,

(1) Boniface rapporte un arrêt du parlement d'Aix du 17 mai 1666, qui a jugé le contraire de ce que dit Ricard. Pour adopter cette décision, il faudrait aller jusqu'à dire qu'une donation faite purement et simplement *à un père et à ses enfans,* est censée grever le premier de substitution en faveur des seconds. Mais cette doctrine est contraire aux principes les plus universellement reçus. L'arrêt du même parlement du 20 novembre 1576, cité ci-dessus d'après Thoron, est plus exact.

de Blois, de Berry, de Reims, de Montfort, de Sédan, de Calais, de la Rochelle, de Verdun, de Saintes, d'Angoumois, de Ponthieu, etc. On trouvera à l'article *Réserves coutumières*, un arrêt du 16 juillet 1761, qui le juge ainsi formellement.

Al'égard des coutumes qui restreignent plus la faculté de disposer à cause de mort, que celle de donner entre-vifs, les auteurs sont partagés sur la question de savoir si, dans ces coutumes, les Institutions contractuelles doivent être réduites au taux prescrit pour les dispositions de dernière volonté, ou si elles peuvent comprendre tous les biens qu'il est permis de faire entrer dans une disposition entre-vifs.

Le premier parti est adopté par Bacquet, *des droits de justice*, chap. 21, nº. 325, et par Dupineau, sur la coutume d'Anjou.

L'autre a pour défenseurs Coquille, quest. 172; Ricard, *Traité des donations*, part. 1, nº. 1060; Legrand, sur l'art. 96 de la coutume de Troyes; Renusson, *Traité des propres*, chap. 3, sect. 2; Lebrun, *des Successions*, liv. 3, chap. 2; Billecart, sur l'art. 69 de la coutume de Châlons; Ferrières, sur le 299e. de celle de Paris; Laurière, *des Institutions contractuelles*, chap. 3.

Les partisans du premier avis citent en leur faveur un arrêt du 24 mars 1567, prononcé en robes rouges, après une enquête par turbes faite au châtelet de Paris, et qui, selon eux, a jugé qu'un rappel *extrà terminos juris*, quoique fait par contrat de mariage, ne valait que comme legs, et ne pouvait comprendre que les meubles, les acquêts et le quint des propres.

Ils en citent encore un du 14 août 1584, rapporté par Louet, qui a, disent-ils, réduit au même taux une Institution contractuelle faite par un père qui avait deux enfans, au profit de son cadet.

On répond au premier de ces arrêts, que, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, il ne s'agissait point de savoir si un rappel fait en contrat de mariage, devait comprendre tous les propres, ou être réduit au quint; que le vu de cet arrêt rapporté par le Vest, prouve le contraire, en énonçant qu'il n'y avait aucun propre dans la succession contractuelle; qu'ainsi, quoique le dispositif fasse mention du quint des propres, *si aucuns y a*, c'est une expression inutile qui ne s'applique à aucune demande des parties, et qui par conséquent ne décide rien.

On oppose au second arrêt, qu'il n'a rien jugé sur notre question, qu'il s'agissait seulement de savoir si le droit d'aînesse pouvait être aliéné; que la réduction de la disposition au quint des propres, n'était qu'un tempérament proposé par le rapporteur, mais que le parlement l'a rejeté, et a déclaré la succession ouverte *ab intestat*.

On cite plusieurs arrêts pour la seconde opinion, mais il n'y en a qu'un qui nous paraisse avoir jugé la question d'une manière précise: c'est celui du 30 août 1700, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury: en voici l'espèce.

En 1667, le duc de Chaulnes institua contractuellement le duc de Chevreuse son héritier universel. Le premier étant décédé en 1698, le second se mit en possession de tous les biens qu'il avait laissés: personne ne lui contesta les propres paternels, parcequ'il en était l'héritier présomptif le plus proche; mais les propres maternels lui furent disputés par le marquis de Mailly, le marquis de Vervins, la duchesse de Wirtemberg, etc. La contestation portée aux requêtes du palais, il intervint, après une plaidoirie de huit audiences, une sentence du 22 août 1699, qui réduisit l'Institution contractuelle au quint des propres. Le duc de Chevreuse en interjeta appel; et après une plaidoirie de vingt-une audiences, il fut rendu, à la quatrième chambre des enquêtes, un arrêt qui infirma la sentence et maintint l'appelant « en qualité » d'héritier universel du duc de Chaulnes, » institué par son contrat de mariage, dans » la propriété, possession et jouissance de » tous les biens meubles, immeubles, propres, acquêts et conquêts délaissés par le » duc de Chaulnes, en quelque lieu qu'ils fussent situés. »

Les moyens employés par les défenseurs du duc de Chevreuse, sont rapportés fort au long dans le Journal du palais. Ils consistaient à dire, entre autres choses, qu'il y aurait une grande injustice à réduire au quint une Institution qui donne lieu à la conclusion d'un mariage; que la faveur des contrats de mariage est si grande, qu'on y change la nature des biens par des ameublemens et des stipulations de propres; qu'on y transfère sa succession aux héritiers les plus éloignés; qu'on y déroge aux coutumes; que Dumoulin, sur l'art. 161 de l'ancienne coutume de Paris, portant que *donner et retenir ne vaut*, ajoute: *Cela est bon contre les fraudes, partant n'a lieu ès traité de mariage;* qu'on peut y donner à des personnes qui ne sont pas encore au monde; que les donations qui y sont faites, même par des étrangers, n'ont pas besoin d'acceptation, ni celles qui y sont faites par les ascendans, d'insinuations; que les conven-

tions qui y sont stipulées, emportent hypothèque même dans les pays de nantissement (autres que l'Artois, la Flandre, le Hainaut, le Cambresis, etc.); qu'on peut y renoncer à une succession future; et que toute cette faveur est fondée sur deux raisons: la première, qu'on ne peut accorder trop de priviléges à un contrat qui tend à multiplier les citoyens dans l'état: la seconde, que le mariage en pouvant se rétracter, il n'est pas juste de révoquer les conditions sans lesquelles il n'aurait pas eu lieu; que d'ailleurs si nos coutumes n'ont pas voulu qu'on pût faire un héritier par testament, c'est parceque ce titre lui aurait déféré tous les propres; mais qu'en permettant de faire un héritier par contrat de mariage, elles font assez entendre qu'il n'est point dans leur intention de réduire les dispositions qus l'on fait des propres par cette voie.

On opposait à ces raisons, que les Institutions contractuelles n'ont été introduites que pour conserver les propres dans les familles (ce qu'on appuyait de l'autorité de Leprêtre, cent. 2, chap. 90); que par conséquent on ne peut pas s'en servir pour faire passer tous ses propres dans une famille étrangère. On ajoutait, en citant Bouguier, que les Institutions dont l'irrévocabilité n'est due qu'aux contrats dans lesquels elles sont faites, ne valent qu'en qualité de legs universels; et que, comme on ne peut point disposer de tous ses propres par des legs universels, on ne doit pas avoir plus de pouvoir par des Institutions contractuelles. On remarquait enfin que Dumoulin, parlant dans son conseil 15, des coutumes d'Auvergne et de Bourbonnais, qui permettent de disposer de la totalité des propres par les Institutions contractuelles, était d'avis de renfermer ces lois municipales, dans leur territoire: *In Galliâ sunt quædam consuetudines, ut in Alvernid, ubi etiam certi heredis Institutio universalis facta in contractu matrimonii valet irrevocabiliter, et ita observatur et judicatur in omnibus mobilibus et nominibus ubicumque sitis, et in prædiis sitis intrà fines loci ipsius consuetudinis* (1).

Ces moyens respectifs ont été délayés dans des mémoires très-volumineux; mais à parler franchement, la défense du duc de Chevreuse et celle de ses adversaires étaient également faibles et remplies d'erreurs. Peut-on, par exemple, une plus grande méprise que de représenter la faculté qu'accordent nos coutumes de faire un héritier par contrat de mariage, comme une permission de lui donner tous les propres sans réserve? « Si dans » nos pays coutumiers (dit Laurière), l'Institution d'héritier n'a point lieu, ce n'est » pas assurément parcequ'on pourrait laisser » tous ses propres à celui qu'on instituerait, » et priver les héritiers des quatre quints, » qui sont leur *légitime;* et en voici la preuve, » qui est sans réplique: La coutume de Berry » permet l'Institution d'héritier par testament; mais si l'on concluait de là que des » pères et des mères pussent donner tous » leurs biens à celui qu'ils instituent, on se » tromperait, car ils n'en peuvent donner » que la moitié. La coutume de Bourgogne » permet pareillement l'Institution d'héritier; mais si l'on concluait de là que l'on » peut donner tous ses biens à celui qu'on » institue, on se tromperait encore, car on » ne peut lui en donner que les deux parts, » c'est-à-dire, les deux tierces parties ».

D'un autre côté, les adversaires du duc de Chevreuse avaient tort de vouloir faire dire à Leprêtre, que les Institutions contractuelles ont été introduites pour conserver les propres dans les familles; Leprêtre dit seulement qu'on a restreint la liberté de tester pour maintenir les familles dans leurs anciens patrimoines; il ajoute, à la vérité, que nous avons admis en France les Institutions par contrat de mariage; mais il ne dit point qu'elles doivent leur introduction à la crainte que les propres ne sortent de leurs lignes; ce qui est si vrai qu'il propose tout de suite,

(1) L'application que les adversaires du duc de Chevreuse faisaient à leur cause de ce passage de Dumoulin, n'était pas exacte. Si Dumoulin n'a cité que la coutume d'Auvergne pour exemple de l'usage des Institutions contractuelles en France, c'est parcequ'il consultait à Montbelliard pour des Allemands, qui ne pouvaient connaître les points non écrits de notre jurisprudence. Il prouve cet usage par la disposition expresse de la coutume d'Auvergne; et il dit que l'Institution contractuelle dans les lieux où elle est reçue, comprend tous les meubles, obligations et héritages qui se trouvent en ces endroits. Or, on convient que l'usage des Institutions contractuelles est universel en France; il est donc évident que, suivant Dumoulin, ces Institutions comprennent toutes les espèces de biens situés dans le territoire français. De ce que Dumoulin a dit qu'elles ne portent que sur les immeubles régis par la coutume d'Auvergne, on voudrait inférer qu'elles n'ont aucun effet par rapport aux biens situés dans les autres coutumes; c'est une inconséquence, puisqu'on est forcé de convenir qu'elles comprennent tous les acquêts immeubles, quoique situés hors de la coutume d'Auvergne et de toutes celles qui ont une disposition semblable.

mais sans rien décider, la question de savoir si l'on peut disposer de tous ses biens par une Institution contractuelle.

Ce n'est pas avec plus de fondement qu'on citait Bouguier pour établir que l'Institution contractuelle ne vaut que par forme de legs. Si ce magistrat ne s'est pas expliqué nettement là-dessus en quelques endroits de son recueil d'arrêts, nous pouvons au moins juger de son sentiment par le n°. 3 de la lettre D, où il dit qu'une Institution d'héritier insérée dans un contrat de mariage, est une vraie Institution; qu'elle en produit tous les effets, et que néanmoins elle est irrévocable par le privilége du contrat.

D'ailleurs, tous nos auteurs s'accordent à regarder les institués par contrat de mariage comme de vrais héritiers.

Boyer, décis. 155, atteste, avec Nigrinus, que, quoiqu'on ne puisse parmi nous faire un héritier par testament, on le peut néanmoins par contrat de mariage. *Franciscus Nigrinus tenuit*, dit-il, *quod ex illâ conventione seu contractu et pacto defertur hereditas, et non ex ultimâ voluntate aut testamento, cujus opinio servatur de consuetudine generali Franciæ.*

Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 5, dit que l'Institution contractuelle fait, à l'égard de l'institué, ce que la coutume fait à l'égard de l'héritier du sang: *Pactis conventis interdùm defertur vel aufertur futura Gallicorum civium hereditas, perindè ac legibus municipiorum.*

Ragueau, dans son *Indice*, au mot *Héritier*, dit que « l'hoir conventionnel est réputé » comme affilié et adopté à l'égard des biens et » succession de celui qui lui accorde l'hoirie ».

Ce n'est donc ni par les raisons employées pour le duc de Chevreuse, ni par celles de ses adversaires, qu'il faut se déterminer sur cette question.

Laurière propose un autre moyen; c'est de dire: les décisions des coutumes de Nivernais, de Bourbonnais, de la Marche et d'Auvergne, touchant les Institutions contractuelles, ont paru si justes, qu'on les a étendues à tous les pays coutumiers: or, ces lois municipales qui circonscrivent la faculté de tester dans des bornes étroites, déclarent néanmoins que l'Institution contractuelle comprend tous les biens acquêts et propres de l'instituant, sans autre réserve que la légitime de ses enfans. C'est donc avec justice que l'arrêt du 30 août 1700 a adjugé au duc de Chevreuse tous les biens compris dans son Institution, sans en distraire les quatre quints des propres.

Ce raisonnement prouve quelque chose, mais il ne va pas assez loin. Il ne suffit pas qu'une disposition soit adoptée par deux ou trois coutumes, pour qu'elle doive être admise partout. Si l'on a regardé quelques articles des coutumes citées, comme formant le droit commun de la France en matière d'Institutions contractuelles, c'est parcequ'on les a trouvés conformes à la nature de ces sortes de disposition. La preuve en est que d'autres décisions des mêmes coutumes sont constamment renfermées dans leur territoire, quoiqu'elles roulent également sur les Institutions par contrat de mariage: tels sont l'art. 249 de la Marche, l'art. 35 du tit. 14 d'Auvergne, et l'art. 29 du tit. 34 de Nivernais, qui permettent à l'héritier du sang d'exclure, même en acceptant la succession par bénéfice d'inventaire, l'héritier contractuel qui l'appréhende par cette voie. Il faut donc faire voir, pour justifier l'arrêt de 1700, que les articles cités par Laurière, sont puisés dans la nature des Institutions contractuelles; et c'est ce qui ne paraît pas difficile.

En matière d'Institution contractuelle, il faut comme on l'a dit plus haut, §. 2 et 4, se déterminer, tantôt par les règles des dispositions à cause de mort, tantôt par celles des dispositions entre-vifs; cela dépend des motifs qui ont dicté chacune de ces règles.

Or, quelle est la raison qui, dans certaines coutumes, a fait circonscrire la faculté de tester dans des bornes plus étroites que celle de donner entre-vifs? C'est parceque naturellement l'homme est plus porté à faire une disposition qu'il sait pouvoir révoquer jusqu'au dernier soupir, qu'à donner la totalité ou une partie de ses biens par un acte qui le lie irrévocablement: car on sait que les lois nous défendent souvent les choses pour lesquelles nous avons un certain penchant, tandis qu'elles nous permettent celles dont nous sommes naturellement éloignés. C'est ainsi que la loi *Julia* accordait au mari le droit de vendre le bien dotal de sa femme lorsqu'elle y consentait, et lui refusait la faculté de l'hypothéquer quelque consentement que la femme y donnât, parcequ'on hypothèque plus facilement un fonds qu'on ne l'aliène tout-à-fait. Or, il est constant que celui qui fait une Institution contractuelle, se lie les mains pour toute autre disposition universelle, et même pour certaines aliénations à titre particulier; on ne peut donc pas lui appliquer les motifs qui ont fait restreindre la faculté de tester; il est au contraire dans le cas des raisons qui ont fait accorder plus de latitude à la faculté de donner entre-vifs.

L'arrêt du 30 août 1700 a donc très-bien jugé en maintenant l'héritier contractuel dans tous les biens compris dans son Institution, sans distraction des quatre quints.

Il y a dans le *Journal du Palais*, tome 2, page 953, une consultation du 25 janvier 1677, par laquelle onze avocats célèbres, entre lesquels on remarque Ricard et Duplessis, après avoir dit, conformément à ce qu'on vient de prouver, que les Institutions contractuelles ne sont pas réductibles au taux des actes de dernière volonté, établissent comme une maxime constante, que le contraire s'observe en Artois. « Il n'y a (disent » ces jurisconsultes) que la seule coutume » d'Artois qui est contraire à l'Institution » d'héritier contractuel; parceque, suivant » l'art. 76, il n'est pas permis d'aliéner son » propre, si ce n'est, ou du consentement de » son héritier, ou en remplaçant les derniers, » ou par nécessité jurée, comme serait pour » paiement de dettes; et on peut seulement » donner de ses propres par testament, le » quint par aumône, ou le revenu de trois » années à toutes personnes ».

Cette observation était conforme à la jurisprudence qui avait lieu en ce temps-là dans l'Artois. Tous les tribunaux de cette province jugeaient constamment que l'héritier des propres n'était pas tenu d'entretenir l'Institution contractuelle, et on ne donnait effet à cette disposition que sur les meubles et acquêts; mais cette jurisprudence a été réformée par un arrêt rendu dans l'espèce suivante.

Louis de La Croix, en mariant son fils aîné, avait inséré dans le contrat, une clause de rappel pour les enfans à naître de ce mariage. Le fils mourut avant son père, laissant un enfant nommé Louis: ce dernier, après le décès de son aïeul, fit pratiquer une mise de fait sur la partie qu'il prétendait lui appartenir dans les propres qu'il avait laissés, et en demanda le *décrètement*. Antoinette de La Croix, sa tante, s'opposa à sa demande, sur le prétexte que l'Institution contractuelle faite à son profit, ne pouvait avoir aucun effet contre elle, parceque, n'étant pas héritière des meubles ni des acquêts du défunt, elle n'était pas obligée d'entretenir cette Institution, et que par conséquent elle devait succéder seule à tous les propres. Cette défense était trop bien calquée sur l'usage qui s'observait alors en Artois, pour qu'elle ne fût pas couronnée d'un succès entier dans tous les tribunaux de la province; mais sur l'appel porté au parlement de Paris, il est intervenu, le 5 mai 1704, au rapport de M. Lefouin, un arrêt qui a infirmé toutes les sentences successives des premiers juges, et a adjugé à Louis de La Croix tous les propres qu'aurait eus son père, s'il eût vécu.

Cet arrêt paraît, au premier abord, très-difficile à concilier avec le principe établi ci-dessus, que les réserves coutumières qui ont lieu pour les donations entre-vifs, ont aussi lieu pour les Institutions contractuelles; mais la contradiction n'est qu'apparente. Comme les propres d'Artois peuvent être aliénés par nécessité jurée, on confirme toujours les dispositions qui en sont faites dans les contrats de mariage, parceque *la nécessité du mariage entraîne la nécessité de l'accomplissement des conventions matrimoniales*. Nous donnerons sous les mots *Nécessité jurée*, les preuves de cette jurisprudence.

[[Aujourd'hui, les réserves que les coutumes avaient mises à la faculté de disposer par testament, sont abolies; mais le Code civil en a rétabli d'autres qui sont communes aux testamens, aux donations entre-vifs et aux Institutions contractuelles. *V.* les art. 913, 915 et 1090 de ce Code, et les mots *Portion disponible* et *Réserve*.]]

IV. Doit-on faire entrer dans une Institution contractuelle qui n'a pas été revêtue des formalités de vest et de dévest, de saisine et de dessaisine, de déshéritance et d'adhéritance, les biens situés dans les coutumes où ces formalités sont requises pour la translation des propriétés?

On soutenait la négative dans la célèbre affaire jugée par l'arrêt du 30 août 1700. Mais ce système a été réfuté victorieusement par M. l'avocat général Joly de Fleury. Voici comment ce magistrat terminait son plaidoyer:

« Reste à dire un mot des moyens qu'on a prétendu tirer de la disposition particulière des coutumes où les biens de M. le duc de Chaulnes étaient situés.

La coutume d'Amiens établit, pour la validité des donations et autres transports, la nécessité de la saisine et dessaisine.

» La coutume de Vermandois établit, non-seulement la nécessité du vest et du dévest, mais encore celle de la tradition réelle ou civile.

» La coutume de Péronne a, dit-on, une semblable disposition.

» On prétend encore que, par ces coutumes et par celle de Noyon, le donataire n'est exempt de la formalité du vest et du dévest, que quand il est l'héritier apparent du donateur (1).

(1) *V.* les articles *Donation*, sect. 5, §. 2, n°. 5, et *Nantissement*.

» Nous croyons que toutes ces différentes dispositions ne méritent pas une grande discussion.

» La même coutume d'Amiens qui requiert la nécessité de la saisine et dessaisine, déclare que si le donataire a négligé de la poursuivre pendant la vie du donateur, il la peut obtenir après sa mort contre ses héritiers.

» Mais tous les auteurs conviennent que l'Institution d'héritier, qui est un contrat particulier différent de tous les autres, exempte de leurs formalités, ne laisse pas d'être valable, quoiqu'elle ne soit pas suivie de possession actuelle, d'appréhension de fait, de saisine, de nantissement, de vest, de rétention, d'usufruit; ce sont les propres termes de Ricard.

» Le vest et dévest, et les autres formalités établies par les coutumes, n'ont été établis que pour transférer une possession actuelle, ou du moins fictive, dans la personne du donataire et de tout autre acquéreur, et nous avons montré que cette possession n'était point de l'essence des Institutions contractuelles à l'égard desquelles on n'observe point la règle, *donner et retenir ne vaut.*

» D'ailleurs y ayant une saisine et une espèce de tradition de l'universalité de la succession, dont l'effet était suspendu jusqu'au temps de la mort de l'instituant, on peut dire qu'il serait absolument inutile d'observer ces formalités à l'égard des effets singuliers qui peuvent, à la vérité, entrer dans cette Institution, mais qui ne peuvent être distincts et séparés par les aliénations qui sont permises à l'instituant, et que toutes donations en contrat de mariage ne sont sujettes à la saisine; il y en a un arrêt de 1641, rapporté par Ricard ».

L'arrêt du 30 août 1700 a encore confirmé ces principes.

Mais on jugerait tout autrement en Hainaut. Dans cette province, pour qu'une Institution contractuelle soit *exécutoire* sur les biens *en essence*, il faut qu'elle soit *réalisée.* Si cette formalité manque, l'institué n'a contre l'héritier qu'une action *en équivalent;* et encore cette action ne produira-t-elle aucun effet, si cet héritier n'a appréhendé aucuns des biens que la coutume charge du paiement des dettes.

Il est en de même en Cambresis. *V.* les articles *Confusion, Dettes; Equivalent, Nantissement* et *Rappel à succession.*

Mais que faudrait-il décider, dans l'une et dans l'autre coutume, si l'institué avait agi du vivant de l'instituant, pour forcer celui-ci à lui passer des *devoirs de loi*, et que néanmoins l'instituant étant mort sans avoir rempli cette formalité, il ne se trouvât dans sa succession que des biens exempts par leur nature de toute contribution à l'accomplissement de ses obligations?

Ce cas ne peut se présenter en Hainaut que très-rarement: la coutume de cette province permet à tout propriétaire de se déshériter par procureur: et les notaires ne manquent presque jamais d'insérer dans les contrats de mariage, des procurations en blanc, pour faire, au nom des parties, tous les *devoirs de loi* qui se trouveront nécessaires.

Mais la coutume de Cambresis n'a pas la même indulgence. Elle exige absolument que, pour aliéner, charger ou affecter des biens, à quelque titre que ce soit, on comparaisse en personne devant les juges, pour se déshériter entre leurs mains; et il est aisé de sentir qu'un individu institué contractuellement ne peut, par aucun moyen, forcer précisément celui qui lui a promis sa succession, de se prêter à une pareille cérémonie.

Si donc le cas supposé se présentait en Cambresis, quel serait le sort de l'Institution contractuelle?

Il semble à la première vue, que les diligences de l'institué devraient tenir lieu de déshéritance. En effet, la loi, par une fiction pleine d'équité, tient pour fait ce dont l'inexécution ne vient pas de notre faute, mais de celle d'un autre: *In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit quominùs fiat*, dit la loi 39, D. *de regulis juris.*

Ce principe a servi de base à un arrêt célèbre rendu au parlement de Flandre le 4 mars 1733, au rapport de M. de Flines, sur l'appel d'une sentence des prévôt et échevins de Cambrai, du 26 janvier de la même année, entre le baron d'Hinge et la dame Glorieux, son épouse, d'une part, et M. Bourchault de Sarlet, alors échevin de Cambrai, depuis conseiller au même parlement, de l'autre.

Voici l'espèce de cet arrêt important.

Le 11 septembre 1706, contrat de mariage entre Pierre-François Glorieux, seigneur de Gonnelien, et Jeanne-Joseph Caron.

A cet acte sont intervenus Nicolas et Jean Glorieux, frères du futur époux, qui l'ont institué, lui et ses enfans en cas de prédécès, leur héritier universel. Voici la clause: « Quant au portement du sieur Pierre-» François Glorieux, ladite demoiselle Caron » avec ses père et mère, assistée comme » dessus, se sont tenus et tiennent pour » contens, après que lesdits sieurs Jean-» Baptiste et Nicolas Glorieux, pour ce

» présens et comparans, ont, en considération » du présent mariage, institué pour héritier » ledit sieur Pierre-François Glorieux, et ses » enfans à venir, en cas de prédécès; bien » entendu pourtant que lesdits frères dudit » futur mariant seront avec lui également » héritiers l'un de l'autre, et les enfans du- » dit sieur futur mariant, audit cas de pré- » décès, à tel effet même que le survivant » d'un d'eux s'oblige de bonne foi de rendre » toute la succession à la mort, de quelque » côté qu'elle puisse survenir, audit futur » mariant, ou à ses enfans, comme dit est; » et si par hasard il arrivait que ledit sieur » futur mariant prédécédât lesdits sieurs ses » deux frères laissant des enfans, sesdits deux » frères, au même cas, se sont réservé de » pouvoir gratifier l'un plus que l'autre, » comme ils trouveront convenir ».

A la fin de l'acte, « les comparans promet- » tent solidairement et respectivement de se » tenir au présent contrat, sans y pouvoir » contrevenir, sous obligation de leurs biens, » donnant pouvoir à tout porteur de le faire » reconnaître par-devant tout juge où il con- » viendra d'affecter tous les biens; d'accor- » der mise de fait, main saisie, etc. ».

De ce mariage est née une fille nommée Jeanne-Joseph Glorieux, qui a épousé Louis-Alexandre Dupire, baron d'Hinge.

Pierre-François Glorieux, son père, est mort avant elle, ainsi qu'avant Nicolas Glorieux, l'un de ses deux frères qui étaient intervenus au contrat de mariage, et avaient fait l'Institution contractuelle dont on vient de retracer les termes.

Nicolas Glorieux, approchant de sa fin, sans avoir passé les devoirs de loi nécessaires, non à la validité, mais à la réalisation du contrat de mariage, le baron d'Hinge et son épouse se sont pourvus contre lui, et ont obtenu, le 20 février 1731, une sentence qui l'a condamné à leur *faire et passer ces devoirs*.

Nicolas Glorieux n'a point satisfait à cette sentence, et il est mort, le 13 avril suivant.

Aussitôt, procès devant les prévôt et échevins de Cambrai, pour la succession de ses *fiefs patrimoniaux*, espèce de biens que la coutume affranchit expressément de toute sujétion aux dettes. M. Bourchault du Sartel la réclamait comme seul neveu mâle du défunt.

La baronne d'Hinge et son mari soutenaient que l'Institution stipulée au contrat de mariage de leur père et beau-père, leur avait transmis toute la fortune de Nicolas Glorieux, et par conséquent aussi ses fiefs patrimoniaux.

M. Bourchault répondait que l'Institution contractuelle n'ayant point été revêtue de devoirs de loi, son effet devait se borner aux meubles et aux main-fermes de l'instituant; qu'à cet égard, il ne prétendait rien et consentait que le baron et la baronne d'Hinge jouissent de tout ce que le défunt avait laissé de biens sujets à l'acquittement de ses obligations; mais que les fiefs patrimoniaux étaient d'une classe toute différente; que l'héritier les prenait de la main de la coutume, sans se soumettre à aucune dette; que, par cette raison, il n'était pas tenu de respecter ni entretenir la disposition que le défunt en avait faite, sans devoirs de loi; que la baronne d'Hinge pouvait cependant avoir une action pour s'en faire adjuger la valeur pécuniaire; mais que cette action, elle ne pouvait la diriger contre un héritier que la coutume affranchissait expressément des dettes, et qu'au contraire elle la confondait en elle-même, puisqu'elle avait recueilli l'universalité des biens meubles et main-fermes sur lesquels la coutume rejette le fardeau de toutes les dettes et obligations passives.

Le baron d'Hinge et son épouse répliquaient que le dol et la mauvaise foi ne peuvent jamais profiter à leur auteur, ni à ceux qui le représentent, et qu'aux termes de la règle de droit citée plus haut, *in omnibus causis pro facto habetur id in quo per alium mora fit quominùs fit;* qu'ils avaient mis le défunt en demeure de réaliser par devoirs de loi le contrat de mariage passé à leur profit; qu'ils avaient même obtenu sentence contre lui à cet effet; que certainement ils ne pouvaient être victimes de sa rébellion à l'autorité de la justice; que sinon, il faudrait ne plus regarder que comme des jeux et de pures illusions tous les contrats de mariage dans lesquels il serait question de fiefs patrimoniaux régis par la coutume de Cambresis.

Ces dernières raisons n'eurent point à Cambrai tout le succès qu'en attendaient le baron d'Hinge et son épouse, l'affaire mise en délibération, les voix se trouvèrent partagées; et la sentence qui intervint, le 26 janvier 1733, ne fit que donner connaissance du partage d'opinions.

Les deux parties en appelèrent au parlement de Flandre; et le procès distribué à M. de Flines, l'arrêt cité adjugea au baron et à la baronne d'Hinge, les fiefs dont il s'agissait, avec dépens, dommages et interêts.

Mais remarquons bien que M. Bourchault s'étant pourvu en révision contre cet arrêt,

le baron et la baronne d'Hinge ont pris le parti de transiger avec lui au moment où les chambres assemblées allaient prononcer. Nous voyons même par une note mise dans le temps au bas d'un exemplaire du mémoire imprimé de M. Bourchault, que la pluralité des opinions tendait à infirmer l'arrêt.

[[Et c'est sans doute le parti qui aurait prévalu. Au surplus, ni cette question, ni la précédente ne peuvent plus se présenter pour les Institutions contractuelles qui se sont ouvertes depuis la publication de la loi du 13-20 avril 1791. *V.* l'article *Donation*, sect. 4, §. 2, n° 9.]]

V. Une autre question est de savoir si, lorsque l'instituant s'est réservé la disposition d'une certaine somme, et qu'il n'en a point disposé, cette somme appartient à l'héritier contractuel ou à l'héritier *ab intestat*.

Voici une espèce dans laquelle cette difficulté s'est présentée.

Le sieur et la dame de Chastelus marièrent leur fille aînée « comme seule, unique et » principale héritière en tous et chacun leurs » biens, domaines et possessions, sans que » pour quelque cause et occasion que ce fût, » même par survenance d'enfans, la légitime » réservée, il leur fût loisible d'en disposer » par donation, testament ou autrement, ni » les vendre, engager ou hypothéquer, à la » réserve néanmoins de la somme de 40,000 li- » vres, dont ils se réservaient la disposition; » savoir, de 36,000 livres en faveur de de- » moiselle Françoise de Malesset leur fille » puinée, pour son apanage, droit de légi- » time ou autrement, et 4000 livres pour » telle autre cause qu'il leur plairait ».

Par un autre acte passé entre les mêmes parties, avant la célébration du mariage, il fut convenu « qu'au lieu de 40,000 livres que » le sieur et la dame de Chastelus s'étaient » réservées, la réserve serait de 50,000 » livres; savoir, de 30,000 livres en faveur » de demoiselle Françoise de Malesset, pour » son droit de légitime, et 20,000 livres » pour telles autres causes et considérations » qu'ils aviseraient bon être; comme aussi » de tous leurs meubles meublans, lits, » linge, tapisserie, etc. ».

Le sieur et la dame de Chastelus étant morts sans avoir disposé des 20,000 livres ni des meubles réservés, la question fut de savoir à qui ces deux objets devaient appartenir.

Le sieur du Coudray, qui avait épousé la fille aînée, les réclamait comme héritier contractuel : le sieur de La Roche-Dagou, mari de la cadette, y prétendait comme héritier *ab intestat*.

Par sentence du sénéchal de la Marche, la cause fut décidée en faveur du premier; et sur l'appel interjeté par le second, il est intervenu arrêt du 2 août 1678, qui a confirmé la sentence, avec amende et dépens.

Le sieur et la dame de La Roche-Dagou disaient pour leur défense, qu'on ne pouvait regarder comme compris dans l'Institution, ce qui en était formellement excepté; que le sieur et la dame de Chastellus avaient, à la vérité, marié la dame du Coudray comme héritière universelle de tous leurs biens; mais qu'ils avaient excepté de cette Institution les 20,000 livres et les meubles dont il s'agissait; que par conséquent ces deux objets devaient leur appartenir comme héritiers *ab intestat*. Ils pouvaient ajouter que, suivant l'art. 121 de la coutume de Bourbonnais et le 112e de celle de Sédan, « dona- » tion entre-vifs de tous biens, retenue cer- » taine, somme de deniers ou partie desdits » biens, pour en disposer à son plaisir et » volonté, est bonne quant aux biens non » retenus; et la somme ou partie des biens » retenus appartiendront aux héritiers du » donateur, s'il n'en a disposé de son vivant, » et non aux héritiers du donataire ». L'art. 16 de l'ordonnance de 1731 est conforme à cette décision : « En cas, (porte ce texte), qu'il » (le donateur) se soit réservé la liberté de » disposer d'un effet compris dans la donation, » ou d'une somme fixe à prendre sur les biens » donnés, voulons que ledit effet ou ladite » somme ne puissent être censés compris » dans la donation, quand même le donateur » serait mort sans en avoir disposé, auquel » cas ledit effet ou ladite somme appartien- » dront aux héritiers du donateur, nonobs- » tant toutes clauses ou stipulations à ce » contraires ».

Ces raisons et ces autorités sembleraient au premier abord devoir faire rejeter l'opinion adoptée par l'arrêt dont il s'agit; mais un peu d'attention va nous convaincre qu'elle est, au contraire, très-juridique.

La réserve contenue dans le contrat de mariage de la dame du Coudray, n'avait pas été faite pour limiter l'Institution portée dans cet acte, mais pour restreindre l'interdiction expresse que les instituans s'étaient imposée eux-mêmes de disposer de leurs biens. Il en doit être de cette réserve comme de la faculté que conserve tout instituant d'aliéner par vente, donation, ou autre acte, quand il n'y a point de stipulation contraire : or, cette faculté n'empêche pas que tous les biens

qui se trouvent dans sa succession à sa mort, n'appartiennent à l'héritier contractuel; il en devait donc être de même de la réserve stipulée dans le contrat de mariage de la dame du Coudray. Les articles cités des coutumes de Bourbonnais, de Sédan et de l'ordonnance de 1731, ne sont point contraires à cette décision : il ne s'agit dans ces textes que des réserves faites par des donations entre-vifs; et il y a une très-grande différence entre ces actes et les Institutions contractuelles.

Celui qui donne entre-vifs tous ses biens présens, et qui en réserve une partie à sa disposition, ne donne point ce qui est compris dans la faculté de disposer, parceque *donner et retenir ne vaut.* Il est donc impossible que la partie réservée appartienne au donataire, à moins qu'il n'intervienne une nouvelle donation en sa faveur. Mais « l'Institution contractuelle (c'est Lebrun qui » parle) faisant un héritier irrévocable, » tout ce qui tombe dans la succession *ab* » *intestat*, lui appartient de plein droit; car » un héritier *ab intestat* ne concourt pas » avec un héritier contractuel *in solidum*; et » ils ne concurrent jamais ensemble qu'en » cas que l'Institution ne soit que pour une » certaine quotité de biens : ainsi, l'héritier » contractuel ne peut manquer de profiter » de la réserve apposée dans son Institution, » quand elle devient caduque au moyen de » l'inexécution ».

Une autre raison non moins décisive, est que la disposition des coutumes et de l'ordonnance citées, n'a point lieu même à l'égard des donations entre-vifs, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage : c'est ce qui résulte de la maxime qu'on peut donner et retenir par les actes de cette nature; et c'est ce que l'art 18 de l'ordonnance de 1731 [[et l'art. 947 du Code civil]] ont décidé en termes précis : à plus forte raison donc les biens réservés par celui qui a fait une Institution contractuelle universelle, doivent-ils appartenir à l'héritier institué, privativement à l'héritier du sang.

Cette décision admet cependant une exception remarquable. Ecoutons Lebrun : « Si » le mari avait institué sa femme son héri- » tière par leur contrat de mariage, ou si » la femme avait institué son mari sous la » réserve de pouvoir disposer d'une certaine » somme, dont elle ne disposerait pas dans » la suite, en ce cas l'institué ne pourrait » pas profiter de la somme réservée, parceque » celui qui aurait fait l'Institution, en man- » quant de disposer au profit d'un étranger, » ce qui pourrait être une affectation de sa » part, il disposerait nécessairement au profit » de son conjoint, ce qu'il ne peut faire ni » directement ni indirectement : personne » ne pouvant se réserver la faculté de dis- » poser en un temps prohibé : ainsi, la » somme appartiendra en ce cas à l'héritier » *ab intestat*, qui pourra concourir dans la » succession pour cela seulement, quoique » d'ailleurs l'Institution soit de tous les autres » biens; ce qui aurait lieu au cas même que » celui qui aurait fait l'Institution au profit » de son conjoint, eût exprimé que, faute » par lui de disposer de la somme réservée, » elle demeurerait comprise dans l'Institution » contractuelle au profit de son conjoint; que » si, dans ce même cas, le donateur ne laissait » point d'héritiers *ab intestat* qui voulussent » accepter sa succession, la somme demeure- » rait par nécessité à l'institué, quoiqu'il fût » son conjoint ».

[[L'exception qu'établit ici Lebrun, ne peut plus avoir lieu depuis que, par l'art. 14 de la loi du 17 nivôse an 2, il est permis aux époux de s'avantager pendant le mariage. *V.* l'article *Avantage entre époux.*

Mais sur la doctrine que cette exception limitait, *V.* l'article *Donation*, sect. 1, §. 1, n°. 5.

Quel serait l'effet d'une Institution contractuelle par laquelle un père promettrait à l'un de ses enfans, non-seulement sa propre part héréditaire, mais encore la portion disponible des parts héréditaires de ses frères et de ses sœurs; sous la réserve cependant de la faculté de rappeler ceux-ci à leurs parts entières? Dans le cas où le père n'userait pas de cette faculté, le fils institué pourrait-il prétendre à la portion disponible des parts de ses frères et sœurs?

L'affirmative ne peut souffrir aucune difficulté, d'après les art. 18 de l'ordonnance de 1731, et 947 du Code civil.

Il en serait néanmoins autrement, s'il s'agissait d'une Institution contractuelle qui eût été stipulée avant la loi du 7 mars 1793, et dont l'auteur ne fût mort que depuis.

En 1789, le sieur et la dame Jussianne, mariant Thomas Jussianne, leur fils aîné, l'instituent contractuellement leur héritier universel; mais ils se réservent la faculté de rappeler leurs trois filles déjà mariées, et ils déclarent que cette faculté pourra être exercée par celui des deux qui survivra l'autre, même pour la succession du prédécédé.

Le père meurt la même année, sans avoir rappelé ses filles.

La mère ne les avait pas non plus rappelées au moment où la loi du 7 mars 1793 est venue prohiber toute disposition qui tendrait à altérer l'égalité entre les enfans.

A sa mort, question de savoir si, à défaut de rappel, l'Institution doit avoir son effet.

Les sœurs soutiennent qu'elle a été annulée par la loi citée, et que cela résulte de l'art. 1 de celle du 18 pluviôse an 5, qui ne maintient les Institutions contractuelles stipulées, tant en ligne directe, avant la loi du 7 mars 1793, qu'en ligne collatérale, avant la loi du 17 nivôse an 2, et ouvertes depuis, qu'autant qu'elles formaient des *dispositions irrévocables de leur nature.*

Par arrêt du 12 prairial an 12, la cour d'appel de Dijon juge qu'en effet l'Institution de Thomas Jussianne est comme non avenue, et ordonne qu'il partagera également avec ses sœurs.

Et sur le recours en cassation de Thomas Jussianne, arrêt du 18 thermidor an 13, au rapport de M. Chasle, par lequel,

« Attendu que la loi de pluviôse an 5, art. 1, n'a maintenu les Institutions contractuelles légitimement stipulées en ligne directe avant la publication de la loi du 7 mars 1793, qu'autant que leurs dispositions étaient irrévocables de leur nature; que l'Institution dont il s'agit au procès, n'a jamais acquis le caractère d'irrévocabilité voulu par la loi, puisqu'elle n'a pas cessé d'être subordonnée à la faculté que s'étaient formellement réservée les père et mère instituans, de rappeler leurs filles à leurs successions; que quoique le rappel n'ait pas été exercé, ni par le père, décédé en octobre 1789, ni par la mère survivante, et qui a existé jusqu'après les lois nouvelles, celle du 7 mars 1793 a elle-même prononcé le rappel, en prescrivant le partage égal entre co-héritiers; qu'ainsi, il était inutile que la mère survivante, qui avait la faculté de rappeler ses filles, même à la succession de leur père, mît cette faculté, en usage, puisque la loi l'avait fait pour elle;

» La cour rejette le pourvoi...».]]

VI. Une question qui n'offre pas moins d'intérêt que les précédentes, est de savoir s'il y a lieu au droit d'accroissement dans les Institutions contractuelles. Par exemple, un père qui a trois enfans, en marie deux, et les institue par le même contrat, héritiers des deux tiers de ses biens. L'un des deux institués meurt avant son père, sans laisser d'enfans; le père décède ensuite; la portion du prédécédé appartiendra-t-elle à son co-institué, ou au troisième fils héritier *ab intestat?*

Prohet, sur l'art. 17 du titre 14 de la coutume d'Auvergne, croit qu'il n'y a point d'accroissement en ce cas au profit de l'héritier contractuel, parcequ'on ne doit pas, dit-il, étendre les contrats au delà de leurs termes; et il cite la loi 110, D. *de verborum obligationibus*, conçue en ces termes : *Si mihi et Titio in cujus potestate non sum, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur; pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat partem meam.*

Cette opinion est contrariée par l'apostille de Dumoulin sur le même article de la coutume d'Auvergne. Écoutons ce grand jurisconsulte : *Quid de patre qui duos filios masculos instituit in contractu matrimonii : eorum postea alter sine liberis, vivo patre et fratre, decedit? Respondeo quod ipso jure fratri superstiti accrescit, etiamsi in contractu desint verba,* ET EORUM SUPERVIVENTIUM.

Pour savoir laquelle des deux opinions doit être préférée, il faut remonter aux principes du droit d'accroissement.

Ce droit avait lieu, suivant les lois romaines, tant entre les héritiers testamentaires qu'entre ceux qui succédaient *ab intestat :* il était admis entre les uns, parcequ'on ne pouvait pas mourir *partim testatus, partem intestatus;* et entre les autres, parceque les parts des successions répudiées ne pouvaient pas appartenir à d'autres qu'à ceux qui en avaient déjà des portions comme héritiers.

Ceux à qui le préteur donnait la possession des biens, étant considérés comme des héritiers utiles, il y avait aussi lieu entre eux au droit d'accroissement, suivant les lois 3, 4 et 5, D. *de bonorum possessionibus.*

Mais un patron, à qui son affranchi n'avait pas laissé la moitié de ses biens, en ayant obtenu la possession *contrà tabulas*, et l'héritier testamentaire ayant abdiqué la succession, il fut question de savoir si la moitié qui était restée dans l'hérédité testamentaire, et qui venait d'être répudiée, accroîtrait de plein droit à celle que le patron avait déjà obtenue; et l'on décida, comme le prouve la loi 6 du titre cité, qu'il n'y avait pas lieu au droit d'accroissement, et que, si le patron voulait avoir l'autre partie, il fallait qu'il demandât au préteur une nouvelle possession des biens.

De là, Cujas et les autres interprètes ont inféré qu'il n'y a point d'accroissement entre ceux qui succèdent à des titres différens.

Mais cette conséquence n'est rien moins que juste : la raison de la loi dont nous venons de rapporter la décision, n'est pas, comme

l'observe très-bien le président Favre, *quòd in eâ speciè quam tractat, patronus et scriptus heres diverso jure succedunt, sed illa potiùs quòd patronum vocat prætor ad bonorum possessionem contrà tabulas liberti, non simpliciter et indefinitè, sed cùm limitatione et adjectione certæ partis, scilicet dimidiæ : Indè namque fit ut inter eos jus accrescendi esse non possit, quia cùm jus omne bonorum possessionum sit ex edicto prætoris, non alia forma in his servari potest quàm quæ verbis edicti præscripta fuit; quæ tamen non servaretur, si cui prætor non nisi certam partem et limitatam dedit, nos totum daremus, quoniam ita fieret ut essemus liberaliores prætore.*

La règle de Cujas n'est cependant pas fausse dans toute son étendue. Je m'explique.

Les lois romaines permettaient au soldat de mourir *partim testatus, partim intestatus;* en sorte que, s'il avait institué quelqu'un dans ses biens castrenses seulement, cette Institution ne s'étendait pas au delà, et les autres biens appartenaient aux héritiers du sang. Si l'institué répudiait les biens castrenses auxquels il était appelé, ils accroissaient à la succession légitime, parcequ'alors le soldat était mort *intestat* pour le tout. Voilà donc un cas où le droit d'accroissement avait lieu entre ceux qui succédaient à des titres différens.

Supposons que ce soldat ait institué Titius et Sétius dans ses biens castrenses, et que Titius ait renoncé; à qui sa part accroîtra-t-elle? Il est indubitable que ce ne sera pas à l'héritier légitime, mais à Sétius, parcequ'il n'y a point lieu au droit d'accroissement entre ceux qui succèdent *diverso jure*, tant qu'il y a des héritiers appelés collectivement *eodem jure*. (*V.* l'arrêt du 31 mai 1639, rapporté à l'article *Rappel à succession*, sect. 1, §. 2, art. 4).

Prenons encore pour exemple l'art. 330 de la coutume de Paris; il est conçu en ces termes: « S'il n'y a aucun héritier du côté et ligne » dont sont venus les héritages, ils appar» tiendront au plus prochain et habile à succé» der de l'autre côté et ligne, en quelque de» gré que ce soit ».

Lorsqu'un homme laisse en mourant des propres paternels et des propres maternels, et plusieurs parens des deux côtés, ces parens succèdent en quelque sorte à des titres différens, puisqu'ils sont appelés à des successions distinctes.

Supposons qu'un des parens paternels renonce à sa part; elle n'accroîtra qu'aux parens paternels, parcequ'ils ne sont pas co-héritiers avec les parens maternels, mais seulement entre eux, et qu'il n'y a pas d'accroissement entre ceux qui succèdent *diverso jure*, tant qu'il y en a qui succèdent *eodem jure*.

Mais si tous les parens paternels répudient, les biens de leur ligne accroîtront aux parens maternels, et ne feront avec les biens de la ligne maternelle, qu'une seule succession que ces derniers recueilleront entière, parceque, succédant seuls au défaut des autres, il n'est pas possible qu'ils ne soient héritiers que pour une partie.

Que signifie donc la maxime, qu'il n'y a point d'accroissement entre ceux qui succèdent à des titres différens?

Rien autre chose, si ce n'est qu'il n'y a point d'accroissement entre eux, tant qu'il y a des héritiers qui succèdent au même titre; et le seul effet de cette règle est que l'accroissement a lieu entre ceux-ci à l'exclusion des premiers.

Dans l'espèce proposée, l'aîné et le puîné étaient conjoints et co-héritiers; ils devaient succéder au même titre, puisqu'ils étaient institués par le même contrat de mariage; et le troisième devait succéder *ab intestat*. Dumoulin a donc très-bien décidé que la part de l'aîné prédécédé devait accroître au second institué.

[[Sa décision est, au surplus, adoptée par Ricard, *des donations*, part. 3, n°. 481, et par Furgole, sur l'art. 1 du titre 1 de l'ordonnance de 1747.

Mais doit-elle encore être suivie sous le Code civil? M. Grenier soutient l'affirmative dans son *Traité des donations*, n°. 422 : « L'accroissement (dit-il, tome 2, page 375) » ne doit avoir lieu régulièrement que dans les » legs ou les dispositions à cause de mort. On » ne peut le supposer, dans la donation en» tre-vifs qui saisit à l'instant le donataire, » et chacun d'eux s'il y en a plusieurs. Mais » l'Institution contractuelle, quoique dona» tion irrévocable, ne porte que sur la suc» cession; et sous ce rapport il y a la même » raison pour l'accroissement, qu'en matière » de legs ».]]

VII. En doit-il être de même lorsque les deux Institutions n'ont pas été faites par un seul contrat de mariage? Par exemple, un père qui a trois enfans, marie son aîné en l'instituant son héritier pour un tiers : quelque temps après, il marie son second fils et l'institue pour un autre tiers; il meurt : l'aîné renonce à la succession tant contractuelle que légale. Sa part accroîtra-t-elle au second fils,

héritier contractuel, ou au troisième, héritier *ab intestat?*

Il semblerait que l'accroissement dût avoir lieu au profit du second, parcequ'étant institué comme l'aîné, on peut dire qu'il succède au même titre que lui. Peu importe que les Institutions n'aient pas été faites par le même acte : la loi 96, D. *quibus modis ususfructus amittatur*, dit, à la vérité, que *ex diversis testamentis jus conjunctionis non contingit;* mais il s'agit dans ce texte de deux testamens faits par des personnes différentes; il n'est donc pas étonnant qu'il n'y ait point lieu au droit d'accroissement en pareil cas. Mais lorsque deux testamens sont émanés de la même personne, qu'ils ne se contrarient pas, et qu'ils peuvent subsister l'un et l'autre, ils doivent être considérés comme formant ensemble une seule ordonnance de dernière volonté, et par conséquent il doit y avoir accroissement. C'est aussi ce que décide la loi 17, §. 1, D. *de testamento militis.*

Cependant quelque spécieuses que soient ces raisons, « il faut se souvenir (dit Laurière) » que l'Institution contractuelle est un tes» tament *qui ne peut servir qu'au marié au* » *profit de qui il est fait, et à ses enfans* » *seulement qui doivent naître de son ma*» *riage;* et suivant ce principe, comme, dans » le cas proposé, l'Institution faite séparé» ment au profit de chacun des deux frères, » ne peut jamais servir à l'autre, quelque » clause qu'il y ait, il s'ensuit que, quoique » héritiers institués, étant tellement disjoints » qu'il n'est pas possible de les joindre, il » ne peut y avoir entre eux aucun accroisse» ment; de sorte que le frère qui le deman» derait, ferait mieux en une telle rencontre » de renoncer à l'Institution contractuelle » pour succéder *ab intestat* ».

VIII. Voici une espèce qu'on trouve dans les *décisions* de Lathaumassière.

Un père qui a quatre enfans, marie son aîné, et l'institue son héritier universel avec son second fils par égales portions, à la charge seulement de la légitime envers les deux autres. Le second fils meurt; le père fait son testament et institue son troisième fils pour succéder avec son aîné, comme l'aurait fait le décédé. Après la mort du père, l'aîné s'oppose à l'exécution du testament, et soutient que son père n'a pu rien donner au troisième fils qui excédât sa légitime, parceque tout lui était accru par le décès du second fils.

Lathaumassière décide que, l'Institution du second fils étant devenue caduque par son prédécès, le père a pu donner un co-héritier à l'aîné, étant indifférent pour celui-ci d'avoir le second ou le troisième fils pour co-partageant, pourvu que sa portion ne soit pas diminuée.

Laurière combat cette opinion :

« On a fait voir ci-dessus (dit-il) que l'Institution d'héritier faite par contrat de mariage, ne vaut qu'en faveur du conjoint institué et de ses descendans issus de ce mariage, et qu'elle est nulle à l'égard des autres, parcequ'elle n'a pas à leur égard la formalité des testamens. Comme, dans le cas proposé, le père n'a pas eu intention que la portion du second fils, s'il lui survivait, accrût à l'aîné, si ce second fils ne pouvait pas la prendre comme institué, il faudrait en ce cas, de deux choses l'une, ou que l'aîné à qui elle serait accrue, la rendît à l'instant au second, ou que le second la prît *ab intestat*, pour la partager par têtes avec ses autres frères, qui avaient été réduits à leur légitime.

» Mais si ce second fils décède avant son père, elle appartiendra irrévocablement à l'aîné par droit d'accroissement; car l'aîné, dans ce cas, est institué pour le tout, à la charge de la légitime envers ses autres frères; et comme on ne peut pas faire un héritier testamentaire ni un légataire universel au préjudice de l'héritier contractuel, il s'ensuit que la disposition que le père a faite en faveur de son troisième fils, après le décès du second, est nulle ».

IX. Autre question. Une mère, en contractant un second mariage, stipule que ses enfans du premier lit ne prendront pas dans sa succession de plus grands avantages que ceux du deuxième. On demande si cette clause emporte l'égalité du partage par têtes, ou si elle n'oblige que de laisser aux enfans d'un mariage, pris collectivement, autant qu'à tous ceux de l'autre, considérés de même?

Cette espèce s'est présentée au parlement de Dijon. Voici comment elle nous est retracée par Périer.

« M. de Balores avait épousé en premières noces dame Jacqueline Pensonnat; il en avait six enfans quand il épousa en secondes noces dame Jacquette de Thiard.

» Par le dernier contrat, il fut stipulé que les enfans du premier lit ne seraient pas plus avantagés que ceux qui naîtraient du second.

» Les derniers ont prétendu que la clause d'égalité avait été blessée par les avantages faits au sieur de Belleveuvre lors de son ma-

riage avec la dame de Bonnerot, et qu'il devait être réduit à la part de celui des enfans du second lit qui avait le moins.

» Les officiers du bailliage de Beaune ont jugé que des cinq portions en quoi ils ont partagé la succession du sieur de Balores, les enfans du premier lit en avaient deux portions et demie, savoir, une demie pour le sieur de Montessut, réduit à sa légitime, et deux portions pour le sieur de Belleveuvre, et les deux autres portions et demie pour les enfans du second lit.

» Le sieur de Ganay, tuteur de ses enfans, qui en interjetait appel, soutenait que l'intention des contractans n'avait pu être autre que d'empêcher que les enfans du second lit ne fussent moins considérés de leur père que ceux du premier lit, c'est-à-dire, que chacun d'eux en particulier ne pût avoir moins que chacun des autres; que l'égalité serait blessée, si un seul enfant qui resterait du premier lit, pouvait avoir autant que dix qu'il y avait du second; que les distinctions de têtes et de souche sur lesquelles se défendait M. de Belleveuvre, ne tombaient pas dans le sens d'une femme telle que la dame de Thiard, qui n'avait pensé, en se mariant, qu'à faire en sorte que ses enfans ne pussent être plus maltraités que ceux du premier lit.

» Le sieur de Belleveuvre soutenait au contraire que la clause d'égalité devait être réglée par souches, puisqu'elle était conçue en termes généraux; et que les enfans du premier lit ne pouvant être avantagés plus que ceux qui naîtraient du second, il suffisait que les enfans du second lit eussent ensemble autant que les enfans du premier lit pour qu'ils n'eussent pas sujet de se plaindre; que la subdivision qui était faite, leur devait être indifférente; et qu'il était bien juste que le sieur de Belleveuvre profitât seul du retranchement qui avait été fait sur la part du frère aîné, réduite à sa légitime par le testament de son père; que le sieur de Balores s'était assez expliqué de sa volonté; qu'il avait lui-même interprété la clause apposée au sieur de Belleveuvre, son fils, en lui donnant par son contrat de mariage les choses dont on voulait lui faire rapporter une partie.

» Par arrêt du 2 août 1681, la sentence a été réformée, et il a été jugé que le partage devait être fait par têtes. Et toute la grâce qu'on a faite au sieur de Belleveuvre, a été de lui donner, de cinq portions en quoi la succession devait être partagée, deux parts, c'est-à-dire, la sienne et celle du sieur de Montessut, son frère aîné, dont il avait les droits cédés ».

§. XI. *Des charges des Institutions contractuelles.*

I. L'héritier institué par un acte d'association universelle, est tenu indéfiniment de toutes les dettes du défunt. L'art. 7 du tit. 15 de la coutume d'Auvergne en contient une disposition expresse : « Et est ledit héritier, » par contrat d'association, tenu à toutes » charges héréditaires, comme serait l'héri» tier *ab intestat* ».

L'art. 4 du même titre fait entendre très-clairement que cet héritier contractuel est aussi obligé de fournir la légitime aux enfans de l'instituant.

L'art. 7 dit encore qu'il peut renoncer à la succession.

L'art. 8 ajoute : « Et se peut, ledit héri» tier conventionnel par contrat d'associa» tion, porter héritier par bénéfice d'inven» taire de son associé, où il n'y aurait » lignager du défunt qui se rendit héritier » simple, ou par bénéfice d'inventaire, lequel » lignager sera préféré audit héritier conven» tionnel ».

Voici la note que Dumoulin a mise sur cet article : « Lequel lignager, *scilicet* en se » portant héritier simple ou par inventaire, » au cas que l'héritier conventionnel ne vou» lût être héritier que par bénéfice d'inven» taire; car s'il est héritier simple, il exclud » et indistinctement tous les lignagers sui» vant la convention; et partant l'héritier » conventionnel ne peut user du bénéfice » d'inventaire, sinon quand il n'a point de » concurrence ».

L'héritier institué par un acte de partage de succession échue, n'étant que simple donataire, ne peut être tenu à d'autres charges qu'à celles qui ont été stipulées expressément par l'acte même.

L'héritier institué par le consentement qu'a donné le défunt au partage fait de son vivant de tous ses biens, ne diffère en rien d'un héritier *ab intestat*. Il n'y a donc rien de particulier à en dire au sujet des charges dont il est tenu.

[[*V.* ci-devant, §. 3, nos. 4, 5 et 6.]]

II. Quant à l'héritier institué par contrat de mariage, il est d'abord constant qu'il doit la légitime des enfans de l'instituant, si celui-ci n'a pas laissé de quoi la remplir indépendamment des biens compris dans l'Institution. C'est ce que décident les coutumes d'Au-

vergne, tit. 14, art. 16; de Bourbonnais, art. 219; de Nivernais, chap. 17, art. 12; de la Marche, art. 296: et c'est ce qu'ont jugé plusieurs arrêts du parlement de Paris. Brodeau, sur les articles cités de la coutume d'Auvergne, en rapporte un du 2 septembre 1628, rendu à la grand'chambre. Denisart en cite un autre du 3 juillet 1756, qui a décidé qu'une fille instituée contractuellement dans la moitié des biens de sa mère domiciliée en pays de droit écrit, devait supporter la distraction des légitimes et des avantages promis aux autres enfans antérieurement à l'Institution.

Personne ne doute que l'héritier institué par contrat de mariage, ne soit en outre obligé de payer les dettes de l'instituant; mais c'est une question si, lorsqu'il ne fait point d'inventaire, il est obligé de les payer indéfiniment, ou seulement *pro modo emolumenti*.

L'art. 34 du tit. 14 de la coutume d'Auvergne adopte le premier parti: « L'héritier » institué par contrat de mariage est tenu de » payer et répondre de toutes charges héré- » ditaires du défunt, tant *activè* que *passivè*, » comme seraient héritiers *ab intestat* ». L'art. 223 de la coutume de Bourbonnais renferme la même disposition; c'est aussi ce que décident implicitement les coutumes de la Marche, art. 249, et de Nivernais, chap. 34, art. 29, en permettant à l'héritier contractuel de recourir au benéfice d'inventaire. Lebrun, Ferrière, Laurière, Bourjon et Furgole pensent de même.

L'opinion contraire a trouvé des sectateurs dans Duplessis, Duperrier et son annotateur; mais elle choque trop visiblement les vrais principes, pour qu'on puisse l'admettre. L'héritier contractuel est constamment un *héritier* proprement dit; il l'est autant que celui qui succède en vertu de la loi; or, il est de règle que tout héritier paie les dettes de la succession, sans distinguer si elles surpassent les biens ou non; l'institué par contrat de mariage, qui n'a point fait inventaire, est donc tenu de tout. D'ailleurs, comment est-il possible qu'il ne paie qu'une partie des dettes, lorsqu'il n'a point d'inventaire à opposer aux créanciers, et que par conséquent il ne peut constater le montant de ce qu'il a reçu?

On oppose l'art. 334 de la coutume de Paris, suivant lequel *les donataires ou légataires universels des biens* ne contribuent aux dettes que *pro modo emolumenti*: mais la raison de cette disposition est que les dettes se prélèvent toujours sur les biens, conformément à la maxime, *bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*; et que les donataires ou légataires universels n'étant ni héritiers directs ni héritiers utiles, ne sont pas obligés personnellement, mais seulement à raison des biens qu'ils appréhendent. On sent que cette raison [[qui d'ailleurs aujourd'hui est neutralisée par une disposition du Code civil rappelée au mot *Légataire*, §. 7, art. 1, n° 17]], ne peut pas s'appliquer à un institué par contrat de mariage, puisqu'étant *héritier*, dans toute l'énergie de ce terme, il représente le défunt, tant activement que passivement.

III. La question que nous venons de résoudre, amène naturellement celle de savoir si l'héritier contractuel peut diviser son Institution, c'est-à-dire, l'accepter pour les biens existans à l'époque du contrat, en payant les dettes qui existaient alors, et renoncer aux biens échus ou acquis depuis, pour se soustraire aux dettes postérieures.

Furgole avait pensé, dans la première édition de son commentaire sur l'ordonnance de 1731, que cette division était autorisée, et qu'elle pouvait être fondée sur l'art. 17 de cette loi, qui permet de diviser ainsi la donation des biens présens et à venir faite en contrat de mariage. Mais il s'est justement rétracté dans la nouvelle édition du même ouvrage.

« Après avoir examiné cette difficulté avec plus d'attention (ce sont ses termes), je crois que cette division n'est pas soutenable, non-seulement par les principes du droit romain (1), mais encore par les règles du droit français et de la jurisprudence. Car quoique l'Institution contractuelle soit irrévocable, tout comme la donation entre-vifs, il y a néanmoins une grande différence entre ces deux manières de disposer. La donation des biens présens et à venir renferme réellement deux dispositions différentes dans une seule et même clause, savoir, celles des biens présens, dont le droit est acquis au donataire au moment de l'acceptation, comme le remarque Henrys, tome 4, quest. 183, et celle des biens à venir dont l'effet est suspendu jusqu'au décès du donateur, suivant Ricard, tome 1, part. 3, n°. 827. Mais il en est tout autrement de l'Institution contractuelle; car elle ne renferme qu'une seule et unique dis-

(1) Le droit romain veut que les dispositions universelles ou particulières soient indivisibles, et que l'héritier ou le légataire ne puisse pas accepter une partie de son hérédité ou de son legs, et répudier le reste. Lois 1 et 2, D. *de acquirendâ hereditate*; loi 20, C. *de jure deliberandi*; loi 38, D. *de legatis* 1°.; lois 2, 4, 5, 6, D. *de legatis* 2°.

position, laquelle a trait de temps à la mort de l'instituant, et c'est alors seulement qu'elle reçoit sa perfection; elle doit donc être essentiellement indivisible, de même que l'Institution testamentaire, comme le remarque Bourjon, tome 2, page 99.

» On suit même à Toulouse le principe de l'indivisibilité, en jugeant, comme l'atteste Catellan, liv. 5, chap. 23, que l'Institution contractuelle est caduque lorsque l'institué prédécède sans enfans, non-seulement pour les biens à venir, mais encore pour les biens existans lors de l'Institution; au lieu que si on regardait l'Institution contractuelle comme divisible, il faudrait juger, dans les cas où le droit de retour n'a pas lieu, que l'institué transmet à ses héritiers étrangers le droit de l'Institution, quant aux biens présens, comme on le juge par rapport aux donations entre-vifs, ce qu'on ne fait pourtant pas.

» Il faut même observer que notre ordonnance (de 1731) permet bien la division de la donation, mais elle ne permet pas de même la division de l'Institution contractuelle.

» La réformation que j'ai faite de mon premier avis, est autorisée par un arrêt du 20 juin 1749, de la première chambre des enquêtes (du parlement de Toulouse), au rapport de M. Mironont, entre le sieur Delbos, Jean Moussié, et le sieur Sabatier de Lagardelle par lequel ledit sieur Sabatier fut débouté de la demande par lui faite d'être reçu à opter une promesse d'instituer ou de ne faire d'autres héritiers à sa mort en la moitié des biens faite par son père dans son contrat de mariage de 1721, du jour de sa date; et il fut condamné à la garantie envers Moussié, à raison de l'éviction de certains biens adjugés à Delbos, et qui avaient été vendus en 1729 à Moussié, par Jean Albert Sabatier de Lagardelle, qui avait fait l'Institution contractuelle ou la promesse d'instituer en 1721, quoiqu'il prétendit qu'en divisant la promesse d'instituer, et en lui donnant la faculté de la prendre du jour de sa date, il devait être relaxé de cette garantie, sous prétexte que la promesse d'instituer avait lié les mains de l'instituant, et l'avait empêché d'aliéner efficacement les biens postérieurement à la promesse d'instituer ».

IV. On a déjà vu que l'héritier contractuel peut accepter la succession sous bénéfice d'inventaire; et l'on a remarqué la disposition singulière que contiennent sur ce point les coutumes d'Auvergne, de la Marche et de Nivernais, en permettant à l'héritier *ab intestat* d'exclure par une acceptation sous bénéfice d'inventaire, l'héritier contractuel qui veut employer le même remède.

Nous ajoutons ici, que la coutume de Bourbonnais ne fait céder qu'à une acceptation pure et simple, de la part de l'héritier du sang, l'acceptation bénéficiaire de l'institué. Voici ce qu'elle porte, art. 223 : « L'hé» ritier institué par contrat de mariage est » tenu de payer et répondre de toutes dettes » et charges héréditaires; toutefois lui est » permis..... soi porter héritier par bénéfice » d'inventaire; mais si aucun du lignage » du défunt se voulait rendre héritier sim» plement, faire le pourrait, et en ce cas est » préféré audit héritier conventionnel qui » ne se voudra porter pour héritier simple ».

Sur cette disposition qui forme notre droit commun, Dumoulin remarque qu'un parent collatéral qui voudrait se rendre héritier pur et simple, exclurait même un fils, qui, étant appelé à la succession de son père par son contrat de mariage, ne l'accepterait que sous bénéfice d'inventaire; mais que cette exclusion n'aurait pas lieu, si le fils renonçait à son Institution contractuelle, et se portait héritier *ab intestat*. Voici les termes de Dumoulin : Aucun du lignage, *etiam collateralis excludendo filium venientem jure conventionis exorbitantis, nec tamen illi simpliciter stantis; secùs si filius vellet ab intestato succedere omisso pacto, ut potest, quia utendo beneficio inventarii, non excluderetur per collateralem, ut dixi in consuetudinem Parisiensem*, §. 145.

La faculté que donne cet auteur à un collatéral d'exclure un fils institué contractuellement, est fondée, comme on le voit, sur ce que les conventions de succéder sont opposées au droit commun. Il faut cependant observer que Chopin sur la coutume de Paris, et Coquille sur celle de Nivernais, sont là-dessus d'un avis contraire à Dumoulin.

[[*V.* l'article *Bénéfice d'inventaire*, n°. [illegible] à la fin.]]

V. On ne doute plus à présent, qu'un héritier contractuel ne puisse se soustraire entièrement aux charges héréditaires par une renonciation pure et simple.

Ce qui pourrait embarrasser à la première vue, c'est qu'on ne peut plus renoncer à une succession après l'avoir acceptée : car il semble que l'héritier dont nous parlons, a accepté, en se mariant, la succession de l'instituant. Mais cette difficulté trouve une réponse péremptoire dans le principe, qu'on ne peut ni accepter ni répudier la succession d'un homme vivant.

L'héritier contractuel n'a traité, en se mariant, que sur le droit de succéder s'il le veut; il a été mis par son contrat de mariage à la place d'un héritier présomptif, conséquemment il doit jouir comme celui-ci de la faculté de délibérer et de renoncer; et c'est ce que décident les coutumes d'Auvergne, tit. 14, art. 34, et de Bourbonnais, art. 223.

« Néanmoins (dit Lebrun), si quelqu'un » fait son héritier contractuel de la personne » de celui qui était *ab intestat* son unique » héritier, et cela sous quelque condition » particulière, je n'estime pas qu'en ce cas » il soit permis à l'héritier institué de dé- » clarer qu'il accepte la succession, non en » vertu de l'Institution, mais par droit du » sang et *ab intestat*, parcequ'il y aurait du » dol dans la conduite de cet héritier, d'a- » voir lié les mains au donateur par l'accep- » tation de son Institution contractuelle, qui » l'empêchait de disposer par testament, et, » en conservant cet effet de l'Institution, » de s'aviser après cela de renoncer à l'Ins- » titution même, et de vouloir venir *ab intes- » tat*, afin de se dispenser de la condition; ce » qui est précisément contre l'édit *si quis* » *omissâ causâ testamenti* ».

[[*V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 2, n°. 12.]]

§. XII. *En quels cas l'Institution contractuelle devient-elle caduque?*

I. Un principe commun aux quatre espèces d'Institutions contractuelles, est que le défaut d'accomplissement des conditions sous lesquelles elles sont quelquefois faites, les rend caduques et comme non avenues. Nous trouvons à ce sujet dans le Journal des audiences, un arrêt du 2 août 1676, qui a jugé qu'une Institution faite par un père et une mère en mariant leur fille unique, *au cas qu'il n'y eût plus d'autres enfans descendans d'eux*; était devenue caduque à l'égard d'un des instituans, par la naissance des enfans qu'il avait eus d'un second mariage, parceque, disait-on, le mot d'*eux* doit se prendre divisément.

[[Une Institution contractuelle faite, avant l'année 1789, sous la condition qu'elle serait résolue s'il ne restait point d'enfant du mariage à l'époque où l'instituant viendrait à mourir, est-elle devenue caduque par l'émigration des enfans de l'institué avant le décès de l'instituant, surtout si l'instituant n'a pas survécu à la loi du 12 ventôse an 8, et si, avant cette loi, l'émigration des enfans de l'institué n'a pas été constatée légalement?

V. le plaidoyer du 8, et l'arrêt du 10 mars 1813, rapportés au mot *Émigration*, §. 18.]]

II. Outre cette cause commune de caducité, chacune des quatre espèces d'Institutions contractuelles en a qui lui sont particulières.

III. Les Institutions qui se font par acte de société universelle, s'éteignent, comme on l'a vu plus haut, par la dissolution de la société même.

La survenance d'enfans à l'un des associés produit le même effet : « Convenances de » succéder apposées en contrat d'association » (porte l'art. 4 du chap. 15 de la coutume d'Au- » vergne), sont révoquées entièrement par » survenance d'enfans, sinon qu'il soit ex- » pressément dit que la convention de succé- » der aura lieu, y ait enfans ou non, auquel » cas, lesdits enfans survenans auront seule- » ment leur légitime ».

Brodeau observe sur ces mots, *révoquées entièrement par survenance d'enfans*, que cela a lieu, « non-seulement à l'égard de » celui qui a enfans, mais de tous les autres; » autrement, cela n'est point accordé, n'é- » tant point juste que le pacte et la conve- » nance de succéder subsistent à l'égard d'un » des associés, et non à l'égard de l'autre » qui a enfans ».

IV. Les Institutions qui se font par partages de successions échues, n'étant que de simples donations entre-vifs, c'est par les règles propres aux actes de cette dernière espèce qu'il faut déterminer les cas où elles peuvent tomber en caducité.

V. Les causes qui anéantissent un testament, ont le même effet relativement à cette Institution improprement dite, qui s'opère par le consentement que donne celui à qui il s'agit de succéder, au partage anticipé de sa succession entre ses héritiers présomptifs.

[[*V.* ci-devant §. 3, n°s. 4, 5 et 6.]]

VI. Les Institutions par contrat de mariage s'éteignent-elles par la survenance d'enfans?

Les coutumes d'Auvergne, chap. 14, art. 33, et de Bourbonnais, art. 225, adoptent la négative; et cette décision ne souffre aucun doute pour les Institutions faites par les pères et les mères au profit de leurs enfans. Ces sortes d'Institutions ne sont pas révoquées par la naissance d'autres enfans, soit qu'ils viennent du même lit ou d'un mariage postérieur, parceque celui qui a déjà un fils,

et qui l'institue, peut prévoir qu'il en aura encore d'autres, et que d'ailleurs il a déjà rempli en partie les devoirs de la nature. Les enfans nés depuis l'Institution, ne pourront donc la faire révoquer qu'à concurrence de leur légitime. Lebrun dit que c'est l'opinion commune; et en effet, elle est suivie par tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière. Tiraqueau et Dumoulin, entre autres, établissent que, lorsqu'une fille a été instituée contractuellement, même dans une coutume d'exclusion, le mâle qui survient du même mariage ou d'un autre, ne fait pas cesser l'Institution, et ne peut que demander sa légitime dans les rotures, et son droit d'aînesse dans les fiefs.

Il est également d'une jurisprudence constante, que l'Institution contractuelle faite par un époux au profit de l'autre, n'est pas révoquée par la survenance d'enfans, parcequ'il y a une présomption *juris et de jure* que l'instituant a pensé aux enfans qu'il pourrait avoir; ce qui fait manquer la raison fondamentale de la loi *si unquàm*.

Il doit y avoir d'autant moins de difficulté dans les deux cas dont nous venons de parler, que l'art. 39 de l'ordonnance de 1731 [[et l'art. 960 du Code civil]] exemptent de la révocation pour survenance d'enfans, les donations *faites en faveur de mariage par les conjoints ou les ascendans*.

A l'égard de l'Institution contractuelle faite par un étranger, on pourrait croire qu'elle n'est pas non plus sujette à la loi *si unquàm*, par la raison que les enfans nés ou à naître d'un mariage qui n'aurait pas eu lieu sans cette disposition, devraient mériter plus de faveur que ceux que l'instituant a eus depuis: mais comme cette raison n'empêche pas que les donations faites en faveur de mariage par des étrangers, ne soient révoquées par la survenance d'enfans, il faut dire, avec Lebrun, Laurière, Bourjon et Furgole, que l'Institution contractuelle devient caduque, lorsqu'il survient un enfant à l'étranger qui l'a faite.

VII. Les Institutions par contrat de mariage s'éteignent-elles par le prédécès des institués?

Il faut distinguer si ceux-ci laissent des enfans, ou s'ils n'en laissent pas.

Lorsque l'institué meurt avant l'instituant sans laisser d'enfans, il n'y a point de doute que l'Institution ne soit caduque. Duperrier en rapporte un arrêt du parlement d'Aix, du 5 mai 1627. On en trouve deux semblables du parlement de Besançon, des 11 février 1705 et 6 mai 1706, dans le Recueil d'Augeard, tome 2, page 391. La raison de cette jurisprudence est que l'Institution contractuelle ne rend pas l'institué propriétaire, mais lui assure seulement le droit de succéder, droit qu'il perd en mourant, parceque la première condition requise pour pouvoir être héritier, est de survivre celui de la succession duquel il s'agit.

Voici une espèce particulière où l'on a douté si cette jurisprudence pouvait être appliquée au cas dont il était question.

Adrienne Millet, veuve de Philippe Boudret, bourgeois de Besançon, maria Cécile Boudret, sa fille, le 2 novembre 1708, avec Claude Varin. Par le contrat de mariage, qui était du 21 octobre précédent, la mère faisait *bonne et riche ladite Cécile sa fille, de telle part et portion de ses biens qu'elle délaisserait au temps de son trépas, comme l'un de ses autres enfans, à partager également, sous réserve de 1500 francs, monnaie du pays, outre l'usufruit ou jouissance de tous ses biens, et de ceux de sondit feu mari.*

Ce mariage ne dura qu'un peu plus d'un an; Cécile Boudret mourut, et laissa un enfant qui ne lui survécut que cinq à six semaines. La succession de cet enfant donna lieu à plusieurs contestations entre Varin et sa belle-mère; et entre autres choses, le premier demanda qu'il fût déclaré qu'après la mort de la seconde, il partagerait également avec ses autres enfans les biens qu'elle laisserait le jour de son décès.

L'affaire portée à la grand'chambre du parlement de Besançon, on soutenait pour la veuve Boudret, que le partage qu'elle avait promis à sa fille dans ses biens, telle qu'elle les laisserait à sa mort, était une véritable *convenance* de succéder, une Institution contractuelle, une donation à cause de mort, qui, quoique irrévocable, parcequ'elle était portée dans un contrat de mariage, exigeait la survie de sa fille donataire ou de ses enfans, lorsque le cas du partage de ses biens arriverait; qu'ainsi, cette fille étant morte, et son enfant ensuite, avant la veuve Boudret, la promesse de faire succéder sa fille dans les biens qu'elle laisserait à sa mort, était devenue caduque, et ne pouvait être transmise à des héritiers étrangers ou à des créanciers; que tel était le sentiment universel des auteurs qui avaient parlé de ces sortes de conventions, et que la chose avait été ainsi jugée par les deux arrêts des 11 février 1705 et 6 mai 1706, cités plus haut.

On disait pour Varin, que la veuve Boudret ayant donné à Cécile, sa fille, le droit de

prendre, dans les biens qu'elle aurait à son décès, une part égale à celle de ses autres enfans, la fille de Cécile Boudret avait recueilli ce droit comme héritière de sa mère; que, par conséquent, Claude Varin, étant héritier de cette fille, devait recueillir le même droit dans sa succession; que la clause de faire un enfant bon et riche d'une portion des biens qu'on aura en mourant, est une constitution dotale, qui emporte une véritable donation entre-vifs transmissible à toutes sortes d'héritiers, et qui, étant irrévocable, ne peut devenir caduque par le prédécès de l'enfant à qui cette donation a été faite; que la réserve d'usufruit que fait en ce cas le donateur, marque encore plus la tradition réelle de la propriété des biens donnés, suivant la loi *si quis argentum*, §. 5, C. *de donationibus*; que la veuve Boudret, en se réservant l'usufruit des biens dont elle avait fait sa fille bonne et riche, en avait donc fait la tradition et transféré la propriété: *Traditione enim actâ, dominium transfertur*; que les arrêts opposés par cette veuve, ne pouvaient pas avoir d'application à la cause: 1°. parceque, dans l'espèce de ces arrêts, les biens donnés n'étaient pas encore sortis des mains des premiers donataires; 2°. parceque les parties n'avaient pas pris le droit écrit pour règle de leur contrat de mariage, comme dans l'espèce dont il s'agissait, où les contractans s'étaient soumis aux usages de la ville de Besançon, qui suit entièrement les dispositions du droit romain.

L'arrêt intervenu sur cette contestation, le 19 décembre 1710, « déclare que la donation » faite par la demanderesse (la veuve Boudret) à Cécile Boudret sa fille, dans son » contrat de mariage, de telle part et portion de ses biens qu'elle délaisserait au » temps de son trépas, comme l'un de ses » autres enfans, à partager également, sous » réserve d'usufruit, est devenue caduque » par le prédécès de ladite Boudret et de son » enfant: permet en conséquence à la demanderesse de disposer de ladite part et » portion, comme elle trouvera convenir ». (Augeard, tome 2, §. 90).

Voici néanmoins une espèce dans laquelle le parlement de Flandre a jugé le contraire, d'après des circonstances particulières.

Le 16 juin 1765, Pierre-Jean-François Defontaine, avocat au parlement de Flandre, jouissant de 15 à 16 mille livres de rentes, et d'un mobilier d'environ cent mille écus, épouse Martine-Claire-Joseph Douay.

Par le contrat de mariage, passé trois jours auparavant, le père et la mère de la future épouse lui assignent une pension annuelle de 1500 livres, et *déclarent l'instituer pour leur unique héritière mobilière et immobilière universelle.*

On stipule par le même acte, « qu'arrivant » le prédécès de l'un ou de l'autre des futurs » époux, soit avec enfans ou sans enfans de » ce mariage, le survivant sera propriétaire » de tous les biens meubles, et tels réputés » de la communauté qu'il y aura entre eux, » plus sera viager des immeubles que le premier mourant délaissera ».

Jusque-là tout était clair; mais voici une clause qui a fait naître des difficultés: « Il sera » cependant fait et dressé dans les quarante » jours qui suivront le décès du premier mourant, un inventaire contenant la prisée et » estimation de tous les meubles meublans, » habillemens, nippes, linges, bagues, joyaux, » argent monnayé, non monnayé, dettes » actives, et généralement de tout ce qui » sera réputé meubles de la communauté » qu'il y aura entre les futurs marians, et » *même de la ferme et mobilier desdits sieur* » *et dame Douay, père et mère de la future* » *épouse, pour, en cas de remariage de la* » *part du survivant, la moitié d'icelle prisée* » *et estimation, toutes dettes passives déduites, être employée en acquisition de* » *biens fructueux, au profit des héritiers du* » *prédécédé, desquels biens fructueux ledit* » *survivant sera pareillement usufruitier,* » *soit avec ou sans enfans de ce présent mariage* ».

Un peu plus bas, l'acte ajoute que, « si la » future épouse venait à prédécéder son père » et sa mère, le futur mariant, soit avec » ou sans enfans de ce mariage, serait viager des biens immeubles que délaisseraient » le père et la mère de ladite future mariante ».

Le sieur Defontaine étant décédé le premier, sa veuve épouse en secondes noces le sieur Desmons, et par là donne ouverture aux peines stipulées par le contrat de mariage contre le survivant qui se remariera: elle meurt elle-même peu de temps après.

Son père et sa mère vivaient encore, et elle ne laissait point d'enfans. De là une source de procès entre son second mari et l'héritier du sieur Defontaine.

Celui-ci demande, entre autres choses, que le sieur Desmons soit condamné à employer à son profit la moitié du mobilier du sieur et de la dame Douay, conformément au contrat de mariage passé entre elle et le sieur Defontaine. Le sieur Desmons se défend, en disant

que l'Institution contractuelle, faite en faveur de son épouse, est devenue caduque par son prédécès; qu'ainsi, il ne peut être question d'employer au profit des héritiers du premier mari, la moitié d'une succession qu'elle n'a pas recueillie; que cela serait d'autant plus révoltant, qu'il faudrait pour cela forcer les instituans à se dépouiller de leur vivant en faveur d'étrangers.

Ces raisons produisent d'abord un heureux effet. Par arrêt du 18 décembre 1776, rendu au rapport de M. de Warenghien de Flory, la cour juge que le mobilier du sieur et de la dame Douay n'est pas soumis à l'emploi dont il s'agit.

Mais l'héritier du sieur Defontaine s'étant pourvu en révision, il intervient, au rapport de M. Remy d'Evin, arrêt du 13 juin 1777, les chambres assemblées, qui déclare le premier erroné; et en conséquence, condamne le sieur Desmons à faire l'emploi requis. Le sieur Desmons, à son tour, attaque cet arrêt par la voie de cassation; mais sa requête est rejetée.

Le motif de cet arrêt a été que le contrat de mariage ne distinguait point le mari d'avec la femme, dans la clause portant que, quarante jours après la mort du prédécédé, il sera fait inventaire et prisée du mobilier du sieur et de la dame Douay; et qu'en cas de second mariage, la moitié de la somme à laquelle il aurait été estimé, serait employée en acquisition de biens dont l'usufruit appartiendrait au survivant, et la propriété aux héritiers du prédécédé. Cet avantage, disait-on, quoique dépendant en quelque sorte d'une Institution qui pouvait devenir caduque, n'était pas destiné à l'être lui-même, parceque ce n'était pas en faveur des conjoints qu'il était stipulé, mais en faveur des héritiers de celui des deux qui serait mort le premier; et comme il est énoncé sans distinction de l'époux dont la santé menaçait ruine, d'avec l'épouse qui promettait de survivre, il est visible que le cas du prédécès du sieur Defontaine a été prévu aussi bien que l'obligation du sieur et de la dame Douay, de se dépouiller de leur vivant, en faveur de ses héritiers, de la moitié de leur mobilier. Cette obligation d'ailleurs n'a rien de surprenant, si l'on fait attention aux circonstances dans lesquelles elle a été contractée. Le sieur Defontaine portait en mariage une fortune notable; la demoiselle Douay au contraire n'avait rien d'échu; son père et sa mère l'avaient mariée avec une pension de 1500 livres, et l'assurance de leur succession. Dans cette position, était-il naturel que le sieur Defontaine donnât tout son mobilier à son épouse en cas qu'il mourût avant elle, sans que, dans le cas contraire, on lui fît quelque avantage propre à compenser l'inégalité énorme de la fortune de l'un avec celle de l'autre? Était-il juste que la moitié d'un mobilier considérable fût exposée à passer de la famille des Defontaine dans celles des Douay, sans qu'il pût rien passer de la famille des Douay dans celle des Defontaine? C'est pour compenser ces désavantages que le père et la mère de la future ont consenti à laisser inventorier, priser et employer de leur vivant une partie de leur fortune, soit que leur fille les survécût, soit qu'elle les prédécédât.

VIII. Lorsque l'institué meurt avant l'instituant, et laisse des enfans, il est de règle que ceux-ci recueillent l'effet de l'Institution: c'est ce que porte l'art. 194 de la coutume de la Marche; et c'est ce qu'a jugé l'arrêt d'Albiat, du 16 juin 1613, rapporté par Ricard, Brodeau et le Bret. Basset nous en a conservé un semblable du parlement de Grenoble, du 16 juin 1638. Le parlement de Paris a décidé la même chose, dans la coutume d'Artois, par deux arrêts des 19 août 1700 et 26 juin 1710; ils sont rapportés dans le commentaire de Maillart, art. 74, nº. 44, 45 et 46.

Mais par quel droit les enfans de l'institué prédécédé succèdent-ils ainsi à l'instituant?

Quelques-uns, et entre autres, Coquille, Brodeau et Fernand soutiennent que c'est parceque le droit de leur père leur est transmis.

Le Bret croit, au contraire, que c'est uniquement parceque l'Institution est censée faite principalement en leur faveur.

Laurière rejette ces deux opinions:

La première, par la raison que des enfans ne peuvent pas, en exerçant les droits de leur père, succéder à une personne à qui il ne pouvait pas succéder lui-même, étant décédé avant elle, et que d'ailleurs ils succèdent à l'instituant, quoiqu'ils aient renoncé à la succession de leur père;

La seconde, parce qu'il n'est point vrai que les Institutions contractuelles ne soient faites au profit des pères qu'en considération de leurs enfans.

Il faut donc dire avec Lebrun et Laurière, que les enfans de l'institué succèdent à l'instituant, parcequ'ils sont censés substitués vulgairement à leur père; [[et telle est la décision expresse de l'art. 1082 du Code civil.]] En effet, il est constant que celui qui fait une Institution contractuelle, n'a pas seulement en vue l'avantage de l'époux qu'il

institue, mais encore celui des enfans que ce dernier doit avoir. D'ailleurs, l'autre époux que cette Institution a déterminé à se marier, a certainement compté que ses enfans en profiteraient en cas de prédécès de l'instituée.

IX. C'est une question si, pour empêcher la caducité, il faut que l'institué ait laissé des enfans nés du mariage en faveur duquel l'Institution a été faite, ou s'il suffit qu'il s'en trouve d'un autre lit.

Dumoulin a embrassé ce dernier parti, dans sa note sur l'art. 17 du tit. 14 de la coutume d'Auvergne. Cet article porte que « les » donations et dispositions apposées en con» trat de mariage, et d'association universelle, » saisissent au profit des contractans lesdits » mariages, associations et descendans tant » seulement ». *Ex quocumque matrimonio* (ajoute Dumoulin) *l.* placet, D. de liberis et posthumis, *quia non fit hic restrictio ad descendentes ejusdem matrimonii, nec infrà*, §. 25 et 26, *nec infrà*, §. 1, *tit.* 15.

Cette opinion est vraie par rapport aux Institutions faites dans des contrats de société universelle, parcequ'il n'y a aucune raison pour en déférer le profit aux enfans d'un lit plutôt qu'à ceux d'un autre lit; mais elle est fausse à l'égard des Institutions faites par contrat de mariage, attendu que la présomption de volonté sur laquelle on fonde la substitution vulgaire des enfans de l'institué, ne peut avoir lieu qu'en faveur de ceux à qui le mariage pour lequel l'Institution a été faite, a donné le jour. D'ailleurs, comme l'observe très-bien Laurière, la substitution vulgaire tacite ne peut pas avoir plus d'effet que si elle était expresse. Or si, par exemple, celui qui est intervenu dans le second contrat de mariage du père, avait substitué *vulgairement et expressément* le fils du premier lit, au cas qu'il ne vînt point d'enfans du second, cette disposition aurait été nulle, parcequ'on ne peut, comme nous l'avons fait voir plus haut, instituer *directement* par contrat de mariage que les époux ou les enfans qu'ils espèrent de leur union. A plus forte raison donc le fils du premier lit ne peut-il, dans l'espèce proposée, prétendre à la succession de l'instituant, comme substitué *vulgairement et tacitement* à son père; et tel est l'usage, même en Auvergne, comme l'atteste Prohet sur l'art. 17 du tit. 14 de la coutume de cette province.

[[Nous devons cependant remarquer qu'un commentateur plus moderne de la même coutume, Chabrol, tome 2, pages 288, 296 et 344, tout en convenant, malgré la note de Dumoulin, que, dans le concours des enfans du mariage qui a donné lieu à l'Institution contractuelle, avec d'autres enfans de l'institué, les premiers doivent exclure les seconds, soutient que ceux-ci doivent, en cas de prédécès de ceux-là avant leur père commun, empêcher la caducité de la disposition, et en recueillir l'effet. Cet auteur s'appuie même d'un arrêt du 4 juin 1637, par lequel, plaidant le célèbre Lemaître (et rapporté dans le recueil de ses Plaidoyers, page 700), le parlement de Paris jugea qu'un père ayant institué contractuellement son fils, avec substitution au profit des enfans mâles qui naîtraient de son mariage, la substitution n'avait pas été éteinte par le défaut d'enfans de cette union, et qu'elle devait avoir son effet au profit des enfans que l'institué avait eu d'un mariage postérieur.

Mais 1°. cet arrêt ne porte pas précisément sur le cas qui nous occupe; et il serait d'ailleurs bien difficile d'en justifier la décision.

2°. Chabrol ne répond pas, et il est impossible de répondre, à l'argument de Laurière que nous venons de rappeler.

Il paraît cependant, au premier coup d'œil, que l'art. 1089 du Code civil adopte l'opinion de Chabrol; et c'est ce qu'a pensé M. Grenier, dans la première édition de son *Traité des Donations*, tome 2, page 372.

Mais cet article même, bien examiné, repousse cette opinion.

« Les donations faites à l'un des époux (por» te-t-il), dans les termes des art. 1082, 1084 » et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, » si le donateur survit à l'époux donataire *et* » *à sa postérité* ».

Or, de quelles donations s'agit-il dans les art. 1082, 1084 et 1089? d'Institutions contractuelles, de donations des biens présens et à venir, et de donations à la charge de payer les dettes que le donateur laissera à son décès, qui seront faites, *tant au profit des époux qu'au profit des enfans à naître de leur mariage*; de donations qui, suivant l'art. 1082, *quoique faites au profit seulement des époux ou de l'un deux*, sont *toujours*, *dans le cas de survie du donateur*, *présumées faites au profit des enfans et descendans à naître du mariage*.

Les donations que l'art. 1089 déclare caduques par la survie du donateur *au donataire et à sa postérité*, ne sont donc faites, pour le cas éventuel du prédécès du donataire, qu'aux enfans à naître du mariage qui est l'occasion de ses libéralités, et dès qu'elles ne sont faites qu'à eux, comment d'autres pourraient-ils en profiter?

Enfin, reste toujours l'argument de Laurière. Le donateur n'aurait pas pu appeler expressément les enfans nés ou à naître d'un autre mariage. Comment donc pourrait-il être censé les avoir appelés tacitement? Et s'il ne les a appelés ni expressément ni tacitement, à quel titre empêcheraient-ils la caducité de la donation?

Il faut donc (et c'est à cet avis que revient M. Grenier dans sa deuxième édition), il faut donc, dans l'art. 1089, entendre les mots, *et à sa postérité*, dans le sens restrictif que leur donnent les art. 1082, 1084 et 1086.]]

X. Lorsque l'instituant a attaché sa disposition à une certaine qualité (par exemple, s'il a dit qu'il instituait le premier mâle qui naîtrait du mariage) et que l'institué laisse des enfans en qui cette qualité ne se rencontre pas, l'existence de ces enfans empêche-t-elle la caducité de l'Institution?

Fernand et Duperrier soutiennent la négative, et leur opinion a été adoptée par un arrêt du parlement d'Aix, du 19 mars 1611. Un père qui avait deux fils, maria son aîné en l'instituant héritier de tous ses biens. L'institué mourut avant son père, et ne laissa que des filles. Le père fit un testament, et institua son second fils héritier universel, à la charge de quelques legs envers ses petites-filles. Celles-ci demandèrent la nullité de cette disposition, sur le fondement de l'Institution contractuelle faite au profit de leur père; mais l'arrêt cité les débouta de leur demande.

Duperrier trouve cette décision très-équitable, « parceque, comme la transmission de » l'Institution contractuelle vient de ce qu'on » présume que le donnant a eu pour les enfans de l'institué la même pensée et la même » affection que pour leur père, et qu'il a » joint la qualité de mâle à celle d'enfant, » avec une expression qui montre qu'il n'a » pas moins considéré la masculinité que la » filiation, il faut que cette même qualité se » trouve propre aux enfans de l'institué pour » être compris dans la pensée de leur aïeul et » dans la disposition ».

Ces raisons sont plus subtiles que solides : « Je n'estime pas (dit Lebrun) que cela dût » être suivi dans nos coutumes, où nous » avons des exemples contraires, puisque, » dans celles où le droit d'aînesse n'est établi » que pour l'aîné mâle, en cas de prédécès de » l'aîné, il ne laisse pas d'avoir lieu en faveur de ses enfans de l'un et l'autre sexe : » et dans les coutumes où les filles dotées » sont exclues de la succession en faveur des » mâles, les filles des mâles prédécédés profitent de cette exclusion. Aussi l'instituant » qui a appelé dans cette espèce l'aîné mâle » qui viendrait du mariage, a voulu pourvoir » à toute la branche et à toute la postérité de » cet aîné mâle de quelque sexe qu'elle fût ».

[[Cette question ne peut plus se représenter sous le Code civil, parcequ'il est dans l'esprit de ce Code, de prohiber toute clause qui tendrait à avantager l'un des enfans à naître de l'institué contractuellement au préjudice des autres. *V.* le *Traité des donations* de M. Grenier, tome 2, page 363.]]

XI. Voici une autre espèce où l'on doute encore si les enfans de l'institué prédécédé succèdent à l'instituant : un père a un neveu qu'il aime plus que ses propres enfans; il le marie, et, par le contrat, il l'institue son héritier universel : ce neveu meurt et laisse des enfans : que deviendra la succession de l'instituant? Appartiendra-t-elle à ses propres enfans? Appartiendra-t-elle à ceux de l'institué?

Il y a dans le Code Justinien, une décision qui porte sur un cas à peu près semblable. On sait que, dans le droit romain, la substitution vulgaire expresse comprenait la pupillaire, comme parmi nous une simple Institution par contrat de mariage, emporte une substitution vulgaire au profit des enfans de l'institué. Cette jurisprudence n'avait point d'autre fondement que la volonté présumée du testateur; aussi cessait-elle dans un cas où une présomption de ce genre aurait été contraire à la nature, et ce cas est spécifié dans la loi dernière, C. *de Institutionibus et substitutionibus*. Un père meurt et laisse sa femme enceinte; il l'institue héritière pour une moitié, et le posthume qui doit naître d'elle pour l'autre moitié; et en cas que le posthume ne vienne point au monde, il institue Sempronius. Voilà ce qu'on appelle une substitution vulgaire expresse. Le posthume naît; il est héritier de son père, et il décède avant la puberté. Sempronius prétend recevoir sa part comme substitué pupillairement, parceque la substitution vulgaire expresse faite à son profit, comprend tacitement la pupillaire. La mère soutient au contraire que la succession de son fils lui appartient *ab intestat*, parcequ'il n'est pas vraisemblable que le père ait voulu l'en exclure par une substitution qui n'est que vulgaire dans ses termes, et qu'on ne peut rendre pupillaire sans blesser les droits de la nature. La loi citée décide en faveur de la mère.

D'après cela, il semble que, dans l'espèce proposée, les enfans doivent succéder *ab in-*

testat, à l'exclusion des petits-neveux, d'autant plus que la succession des pères et des mères appartient encore plus naturellement aux enfans, que celle des enfans à leurs pères et à leurs mères.

Cependant, il faut dire avec Laurière, que les petits-neveux doivent être préférés. Voici la différence que met cet auteur entre l'un et l'autre cas :

« Dans le premier, c'est-à-dire, dans le cas des lois romaines, le père qui institue son fils impubère, et qui lui substitue Sempronius au cas que son fils ne soit point son héritier, n'est point censé avoir voulu substituer Sempronius au second cas, au préjudice de la mère de son fils; et c'est sur cette présomption de volonté que le droit de la mère est toujours plus fort que la substitution pupillaire tacite contenue sous la vulgaire expresse.

» Mais, dans le second cas, le père qui a préféré son neveu à ses enfans, est aussi censé leur avoir préféré les enfans de son neveu; et par conséquent la substitution vulgaire tacite doit ici l'emporter sur le droit de la nature. Et il faut encore remarquer que, dans le premier cas, la succession de l'enfant héritier de son père, et décédé impubère, n'a été donnée qu'à la mère par un privilége singulier, *quia summus lectus ad eam pervenerat morte filii;* et qu'un privilége qui doit toujours être renfermé dans ses bornes, ne peut ni ne doit point être tiré à conséquence, et surtout quand la volonté du testateur y répugne ».

On peut ajouter que Justinien n'a décidé comme il l'a fait, que parceque la faveur si justement due à une mère, n'est combattue par aucune considération du même genre; au lieu que, dans notre espèce, des petits-neveux qui ne seraient peut-être point nés sans l'Institution contractuelle faite au profit de leur père, balancent avantageusement les droits et la faveur des enfans.

XII. Autre question. Une femme veuve avec enfans passe en secondes noces; et par le contrat de mariage, elle institue son mari héritier d'une portion filiale, suivant le pouvoir que lui en laisse l'édit du mois de juillet 1560 : un enfant lui naît de ce second mariage; son mari meurt; elle fait les enfans de son premier lit légataires universels, et réduit à sa légitime celui du second. Ce dernier recueillera-t-il quelque avantage de l'Institution contractuelle faite en faveur de son père?

Il semble au premier abord que cette Institution est devenue caduque par la mort du second mari : car on ne peut pas y appliquer la raison qui fait regarder les enfans d'un institué prédécédé comme substitués vulgairement à leur père. En effet, quand un mari institue contractuellement sa femme, ou *vice versâ*, on ne peut pas dire que l'instituant préfère les enfans de l'institué aux siens propres, puisque les enfans et les héritiers de l'un sont aussi ceux de l'autre.

« Mais d'un autre côté (dit Laurière), la » condition des enfans ne doit pas être pire » quand leur père a été institué par leur mère, » ou leur mère par leur père, que quand leur » père ou leur mère ont été institués par un » aïeul ou par un étranger. Or, quand leur » père ou leur mère ont été institués par un » aïeul ou par un étranger, ils sont tacitement » substitués; et par conséquent il faut dire » qu'ils sont aussi substitués quand l'Institu- » tion a été faite par un des conjoints au pro- » fit de l'autre ».

Laurière ajoute que néanmoins, dans le cas proposé, l'enfant du second lit ne tirera aucun avantage de l'Institution faite en faveur de son père, parceque la mère l'ayant réduit à sa légitime, son père, s'il avait survécu, n'aurait pu avoir qu'une légitime en vertu de son Institution dans une portion filiale : et qu'empêché par la coutume de cumuler un avantage provenant de la volonté de l'homme avec son propre droit de légitime qu'il tient de la loi, il est forcé d'opter entre sa qualité de substitué vulgairement à son père et celle de légitimaire de son propre chef, c'est-à-dire, entre deux qualités qui ont pour lui le même résultat.

XIII. Le prédécès d'un fils qui laisse des enfans et qui a été institué contractuellement par son père, rend-il l'Institution caduque dans les coutumes qui rejettent toute représentation?

Lebrun soutient la négative.

« On doit présumer (dit-il) que le père qui a fait l'Institution contractuelle, l'a faite dans la pensée de jeter de solides fondemens au mariage de son fils, et d'assurer la succession aux enfans qui naîtraient de ce mariage, en cas que son fils décédât avant lui.....

» Je vais plus loin, et j'estime que, dans les coutumes qui n'admettent aucune représentation, comme celles de Boulonnais, art. 76; de Ponthieu, art. 8; d'Artois, art. 93; du comté de Hainaut, chap. 90, art. 5; et où le droit d'aînesse passe de l'aîné prédécédé au second fils, au préjudice des enfans de l'aîné, l'aîné héritier institué par son contrat de mariage, venant à mourir avant le père qui

l'a institué, ses enfans succéderont à son droit d'ainesse aussi bien qu'au reste de sa part héréditaire, parceque la transmission ne se divise point, et elle se fait pour tout ce que celui qui transmet, aurait eu, s'il avait vécu ».

Cette doctrine est critiquée par Le Camus d'Houlouve sur la coutume de Boulonnais : il se fonde sur un arrêt du 12 janvier 1627, rapporté par Brodeau, et sur un autre du mois de janvier 1751, cité par Denisart, lesquels ont déclaré caduques et sans effet des Institutions contractuelles qu'avaient faites des pères au profit de leurs enfans, dans les coutumes de Boulonnais et de Ponthieu, par la seule raison que les instituans avaient survécu aux institués, quoique ceux-ci eussent laissé des enfans. On peut ajouter qu'il a été rendu un arrêt semblable, le 24 janvier 1601, dans la coutume de Péronne.

Il y a entre ces deux opinions un milieu qui nous paraît très-juste.

Qu'une Institution contractuelle se transmette aux enfans de l'institué, nonobstant le défaut de représentation, c'est ce que les raisons de Lebrun ne permettent pas de révoquer en doute. Mais que cette Institution porte son effet jusqu'à assurer aux enfans de l'institué les mêmes droits d'ainesse qu'aurait eus leur père, s'il avait vécu, c'est en quoi Lebrun nous semble se tromper.

La différence d'un cas à l'autre est très-sensible. On conçoit naturellement qu'un père qui institue contractuellement son fils dans une certaine portion de son hérédité, a en vue les enfans qui doivent naître du mariage que contracte l'institué : la nature seule élève et fonde cette présomption. Mais il peut arriver, dans les coutumes qui excluent la représentation, qu'un père qui marie son fils aîné en le reconnaissant pour son héritier principal, n'ait pas intention de lui substituer vulgairement ses petits-enfans, en cas qu'il vienne à mourir avant lui; parceque ces petits-enfans n'étant pas aînés, aux termes de la loi qui les régit, ce n'est pas sur eux qu'il fonde l'espérance de perpétuer l'éclat de sa famille. On ne doit donc pas présumer qu'il ait voulu leur transférer le droit d'ainesse en cas de prédécès de leur père, parceque, dans le doute, il faut interpréter la disposition de l'homme de la manière qui s'éloigne le moins de celle de la loi.

Les trois arrêts de 1601, 1627 et 1751 ne font que confirmer cette distinction; car, dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, l'unique question était de savoir si la reconnaissance d'héritier principal se transmet aux enfans de l'aîné prédécédé, nonobstant le défaut de représentation légale. C'est ce qu'on peut voir, pour les deux premiers arrêts, à l'article *Héritier*, sect. 3, §. 2, n°. 13, où nous les avons rapportés; et c'est ce qui résulte pour le troisième, de ce qu'il a été rendu dans la coutume de Ponthieu, où il n'y a jamais qu'un seul héritier pour chaque succession.

[[Cette question est sans objet pour les successions ouvertes depuis que la loi du 12 nivôse an 2 a établi la représentation dans toute la France.]]

XIV. On a vu plus haut, §. 5, n°. 8, qu'en instituant des époux ou leurs enfans à naître par un contrat de mariage, on peut leur imposer la charge de s'associer telles personnes qu'on juge à propos. Brodeau demande à ce sujet si les associés venant à décéder avant l'instituant, leur droit passe à leurs enfans, ou s'il devient caduc, et si par-là l'institué a droit à tous les biens.

« La raison de douter (dit cet auteur) est que l'association est une condition de l'Institution dont elle fait partie, et, comme accessoire, suit la nature et la qualité du principal; une même convention ne pouvant pas contenir une disposition qui soit en partie entre-vifs, et comme telle irrévocable et transmissible aux enfans, et en partie à cause de mort, sujette à être révoquée et caduque.

» Ce néanmoins il semble que l'association n'est point transmissible, parceque le père est seul associé, et non ses enfans, desquels il n'est fait aucune mention; et n'est pas à croire que l'instituant ait songé à eux, comme à ceux de l'institué, par le contrat de mariage duquel seul l'Institution est faite, et non des associés qui ne sont point présens, stipulans, ni acceptans au contrat, lesquels ne se trouvant point *in rerum naturâ* au jour du décès de l'instituant, l'association demeure caduque à l'égard de leurs enfans ».

[[XV. Quel a été dans l'ancienne jurisprudence, relativement à l'Institution contractuelle faite par un futur époux au profit de l'un de ses enfans à naître, et subordonnée par lui à la faculté qu'il avait laissée à un tiers d'élire l'institué, l'effet du décès de ce tiers sans avoir fait le choix qui lui était déféré, ou après avoir perdu le droit de le faire? *V.* l'article *Choix*, §. 1.]]

§. XIII. *Comment se partage une succession contractuelle entre les enfans de l'institué par contrat de mariage, mort avant l'instituant?*

I. Lorsque l'Institution contractuelle a été

faite par un étranger, les enfans de l'institué prédécédé succèdent toujours également et par têtes.

Il en est de même lorsque l'Institution est l'ouvrage d'un parent collatéral, et que les biens sont situés dans des coutumes qui rejettent le droit d'ainesse en ligne collatérale.

Mais si les lois qui régissent ces biens, admettent des aînés et héritiers principaux en ligne collatérale, ou, ce qui est la même chose, si c'est un père ou un autre ascendant qui a fait l'Institution, il faut distinguer le cas où l'instituant n'a laissé dans sa succession que des meubles et des rotures, d'avec celui où il a laissé des fiefs.

Dans le premier cas, il doit se faire un partage égal entre tous les enfans de l'institué prédécédé.

Dans le second, l'aîné de ces enfans prendra ses parts avantageuses, suivant la coutume, et le reste se partagera également entre ses frères et ses sœurs.

En deux mots, il y a lieu au droit d'ainesse dans une succession contractuelle comme dans une succession légitime, toutes les fois que l'instituant est du nombre de ceux à qui la loi donne des héritiers principaux, et qu'il n'a point voulu ou pu vouloir le contraire.

[[Le droit d'aînesse a été aboli pour les fiefs, par la loi du 15-28 mars 1790, et pour les autres biens par celle du 8-13 avril 1791.]]

II. Y a-t-il aussi représentation?

L'affirmative est indubitable en ligne directe, c'est-à-dire que, si le fils institué prédécède, laissant des enfans et des petits-enfans, la succession du père qui a fait l'Institution, se partagera par souches.

La chose n'est pas aussi claire, lorsque l'instituant est un parent collatéral ou un étranger. Un frère institue son frère héritier universel de tous ses biens : l'institué meurt et laisse des enfans et des petits-enfans; les premiers excluront-ils les autres, comme seuls substitués vulgairement, ou les petits-enfans succéderont-ils par souches, comme représentant leur père?

Laurière estime que les petits-enfans doivent être admis au partage, et son avis est très-juste, non pas comme il le prétend d'abord, parceque la représentation a lieu dans les fidéicommis (car l'ordonnance de 1747 a décidé le contraire; et d'ailleurs il n'y a point de conséquence à tirer des substitutions fidéicommissaires aux substitutions vulgaires); mais, comme le dit ensuite le même auteur, « parceque l'instituant est présumé les avoir » appelés à sa succession, pour la partager » comme ils auraient partagé celle de leur » père ».

En effet, on ne peut disconvenir que celui qui fait une Institution contractuelle, n'ait intention d'y comprendre tous les enfans qui naîtront du mariage en faveur duquel il dispose, en cas que leur père vienne à mourir avant lui. Or, suivant la loi 22, D. *de verborum significatione*, le mot *enfant* désigne aussi bien les descendans du second ou troisième degré que ceux du premier; il ne serait donc pas juste, et ce serait au contraire une infraction à la volonté présumée de l'instituant, de faire succéder les uns à l'exclusion des autres.

III. C'est une question si, dans les coutumes de la Marche, de Bourbonnais et d'Auvergne, où les filles dotées et aparagées par leur père, sont exclues de toute succession *ab intestat*, elles peuvent succéder à leur aïeul en vertu de l'Institution contractuelle qu'il a faite au profit de leur père prédécédé.

On peut proposer la même question dans les autres coutumes par rapport aux filles qui renoncent, en se mariant, aux successions directes ou collatérales qui pourraient leur échoir.

En thèse générale, il est certain que tout homme qui fait une Institution par contrat de mariage, est censé substituer vulgairement à celui qu'il institue, tous les enfans que ce dernier doit avoir.

Mais d'un autre côté, « l'exclusion des filles » mariées (dit Laurière) a été introduite en » faveur des mâles, parcequ'ils sont l'appui » et le soutien des familles. Or, y a-t-il de » la justice qu'une fille qui a passé dans une » autre famille et qui est exclue de succéder » dans la sienne, y revienne pour prendre » part dans une succession qui n'est manifestement promise et laissée qu'à la famille de » son père? Il faut certainement, dans un » tel cas, faire cadrer et concourir la volonté » de l'instituant avec celle du père institué : » et comme l'intention du père, en mariant » sa fille, a été qu'elle ne fût plus réputée » de sa famille, et que par cette raison, elle » n'eût plus rien dans sa succession ni dans » toutes les successions directes ou collatérales qui échoiraient à l'avenir, il faut présumer que l'intention de l'aïeul qui a fait » l'Institution, n'a point été de la comprendre dans la substitution (vulgaire) ».

On objecte que la renonciation légale ou conventionnelle des filles mariées n'embrasse jamais les droits qui leur étaient acquis avant leur mariage : or, dit-on, dans l'espèce pro-

posée, la fille avait, avant de se marier, un droit acquis à la substitution vulgaire tacite faite à son profit par son aïeul; elle ne doit donc pas être présumée y avoir renoncé.

Laurière répond que l'aïeul n'est censé avoir fait la substitution vulgaire tacite, « qu'en faveur de celles de ses petites-filles » qui auraient pu lui succéder avec leurs » frères au temps de son décès. Or, ses petites-filles mariées et aparagées, exclues » par leur renonciation tacite ou expresse, » n'auraient pu lui succéder; et par conséquent, il n'est pas présumé les avoir voulu » comprendre sous l'Institution contractuelle » qu'il a faite en faveur de leur père ».

Voici une objection plus sérieuse; c'est Laurière qui se la propose : « L'exclusion des » filles est ou coutumière, ou conventionnelle. Par la coutumière, elles perdent » seulement les successions légales à échoir, » parceque la loi ne leur peut ôter que les » successions qu'elle leur donnerait; et par » la conventionnelle, elles ne perdent encore » que les successions légales, parcequ'en renonçant, elles sont réputées se conformer » à la loi et ne faire que ce qu'elle aurait » fait ». Ainsi, les filles dotées et aparagées profitent des Institutions contractuelles faites en faveur de leurs pères par des étrangers ou par des parens collatéraux, dont ils n'étaient point héritiers présomptifs, parcequ'alors elles ne succèdent pas *ab intestat*; mais comme étrangères et à titre de substitution vulgaire tacite. D'après cela, il paraît juste et naturel qu'elles puissent aussi succéder à leur aïeul dans le cas dont il s'agit.

« Tout cela (répond Laurière) peut être vrai dans la subtilité du droit. Mais si l'on considère le bien public et l'intention de ceux qui font des Institutions contractuelles en faveur de leurs enfans mâles, et l'intention des pères qui marient leurs filles, on ne présumera jamais qu'un aïeul domicilié dans la coutume de la Marche ou dans celle d'Auvergne, et qui a Institué son fils héritier de tous ses biens, par contrat de mariage, ait voulu qu'ils fussent substitués tacitement à ses petites-filles dotées et aparagées par leur père, et qu'elles lui succédassent, contre la disposition des lois au préjudice des mâles descendans de lui.

» Et, à l'égard des filles, comme elles sont présumées renoncer à toute succession directe et collatérale à échoir, quoiqu'il n'en soit rien dit dans leur contrat de mariage, les petites-filles sont aussi présumées renoncer au profit qu'elles pourraient espérer des Institutions contractuelles faites au profit de leurs pères ou mères par des aïeuls ou des aïeules, quand les successions ne sont point échues; ainsi, le mieux est de dire, dans l'espèce proposée, que les petites-filles sont toujours exclues par leurs frères de la succession contractuelle de leur aïeul ».

IV. Voici une autre question qui dépend de la précédente, et qui peut encore se présenter dans les coutumes de la Marche, d'Auvergne ou de Bourbonnais. Un homme a deux fils; il marie l'aîné en l'instituant son héritier universel, et par-là, il réduit son cadet à sa légitime. L'aîné a de son mariage un fils et une fille. Il marie et dote sa fille, et il déshérite justement son fils. S'il survit à son père, aïeul de ses enfans, il est certain que sa fille profitera seule de l'Institution contractuelle, parcequ'il en aura lui-même recueilli l'effet, et que sa fille doit lui succéder seule, n'étant exclue qu'en faveur de son frère qui se trouve exhérédé. Mais si l'aïeul ne meurt qu'après le père, à qui du petit-fils ou de la petite-fille appartiendra la succession contractuelle?

« Si l'aïeul (répond Laurière) n'avait point institué son aîné en le mariant, et si la succession était échue *ab intestat*, il est certain que le petit-fils exhérédé ne lui aurait point succédé, parcequ'il aurait été dans le cas de la représentation à cause de son oncle vivant, et qu'il est impossible qu'un petit-fils puisse succéder à son aïeul, du chef de son père, qui l'a déshérité justement. La petite-fille dotée et aparagée représenterait donc seule son père, et succéderait dans ce cas conjointement avec son aïeul.

» Mais s'il n'y avait point d'oncle, comme il n'y aurait point de représentation, et que le petit-fils exhérédé succéderait de son chef à son aïeul, parceque l'exhérédation faite par le père lui était personnelle, alors le petit-fils exclurait sa sœur dotée et aparagée. Or, si le petit-fils exclud sa sœur dotée, quand de son chef il succède *ab intestat* à son aïeul, il s'ensuit qu'il doit aussi l'exclure quand il succède à son aïeul, comme substitué vulgairement, parceque l'aïeul n'est point censé avoir voulu substituer cette sœur à son préjudice. De sorte que, dans ce cas, la condition du petit-fils exhérédé sera meilleure que celle de la petite-fille dotée, aparagée et exclue ».

Il faut excepter de cette décision le cas où le petit-fils serait exhérédé pour s'être marié clandestinement dans le temps qu'il demeurait avec son père. Sa sœur l'exclurait en ce cas, parcequ'aux termes de l'édit de 1639, il serait incapable des successions de ses père, mère, aïeul ou aïeule, et de tous les autres

avantages qui pourraient lui être acquis en quelque matière que ce pût être.

[[Tout ce qu'on vient de lire dans ce numéro et dans le précédent, est sans objet pour les successions ouvertes depuis que les exclusions coutumières et la faculté d'exhéréder sont abolies. *V.* les articles *Exclusion coutumière* et *Exhérédation*.]].

V. Celui qui a fait une Institution contractuelle en faveur d'un futur époux, peut-il, en cas de convol de l'institué, la réitérer dans un second contrat de mariage, à l'effet de la rendre commune aux enfans du second lit et à ceux du premier?

« Il faut dire que non (répond encore Laurière), parcequ'il en est des substitutions » contractuelles vulgaires, expresses ou tacites, comme des Institutions même, puisque ces substitutions sont de secondes Institutions : or, toute Institution contractuelle est irrévocable....; par conséquent » tout ce que fait l'instituant en intervenant » dans le second contrat de mariage, ne peut » faire aucun préjudice aux enfans du premier lit de l'institué ».

Mais au moins celui qui a fait une Institution contractuelle, ne peut-il pas avantager un des enfans issus du mariage en faveur duquel il a disposé, au préjudice des autres enfans du même mariage?

Le parlement de Toulouse doute si peu de la validité de ces avantages, qu'il va même jusqu'à confirmer l'élection que fait l'instituant d'un des enfans de l'institué, pour lui succéder seul à l'exclusion des autres. Écoutons d'Olive, liv. 5, chap. 14 : « au procès » d'entre Balechs et d'Ostan, jugé au mois » de septembre 1632, que le père, qui, » dans les pactes de mariage de sa fille, a » promis de l'instituer héritière après ses » jours, la fille étant décédée avant le père, » et ayant laissé un garçon et une fille, il » est en liberté du père de faire héritier en » mourant un desdits enfans à l'exclusion de » l'autre, soit qu'il l'ait fait expressément, » faisant mention de la clause des pactes de » mariage, ou qu'il l'ait fait tacitement ».

Furgole rappelle une espèce dans laquelle le parlement de Toulouse a encore jugé de même. Le sieur Langlois, mariant Jean son fils, promit de l'instituer héritier : le fils décéda avant son père, laissant plusieurs enfans mâles, et entre autres Jean et Antoine. Quelque temps après, l'aïeul nomma Jean son petit-fils pour recueillir l'Institution. Après le décès de l'aïeul, Antoine prétendit que cette élection était nulle; mais elle fut confirmée par arrêt du 1 mars 1731.

Fernand rejette l'opinion adoptée par ces arrêts : il soutient que l'instituant ne peut pas élire un de ses petits-enfans après le prédécès de son fils, parceque le droit de lui succéder leur est acquis à tous par la mort de leur père.

Laurière propose un milieu entre ces deux systèmes : il convient que l'instituant ne peut pas faire un des enfans de l'institué prédécédé, donataire ou légataire universel, et par ce moyen exclure les autres de sa succession, mais il prétend que, si l'instituant fait un testament par lequel il divise entre eux ses biens avec prudence, quoique avec inégalité, on doit s'y conformer. Sa raison de décider ainsi, est que « celui qui s'est donné » des héritiers par une Institution ou substitution contractuelle, a à peu près sur eux » la même autorité qu'un père a ordinairement dans sa famille. Tout père (continue » cet auteur) doit, pour ainsi dire, sa succession à ses enfans, puisqu'ils sont comme » propriétaires de ses biens pendant qu'il vit. » Tout père est encore présumé avoir une » tendresse égale pour ses enfans; et cependant les lois lui permettent de distribuer » entre eux ses biens, comme il lui plaît, » sauf la légitime : or, si les pères sont arbitres dans leurs familles pour partager » leurs biens entre leurs enfans, comme ils » le jugent à propos, pourquoi celui qui a » fait une Institution contractuelle au profit » du père ne pourra-t-il pas distribuer ses » biens comme il lui plaira, entre les enfans » que le père prédécédé a laissés »?

Il y a dans tout ceci plus de subtilité que de raison. Un père qui ne s'est point lié les mains, peut partager ses biens comme il lui plaît, sauf la légitime, parceque la loi lui en donne expressément le pouvoir; mais celui qui a fait une Institution contractuelle au profit de plusieurs personnes ensemble, avec déclaration expresse des portions que chacune d'elles prendra dans ses biens, ne peut plus dans la suite diminuer la part qu'il a promise à l'un des institués, pour augmenter celles des autres, parceque l'irrévocabilité est de l'essence de ces sortes de dispositions.

S'il en est ainsi dans le cas où l'instituant a spécifié les parts qu'il entendait laisser aux institués, il en doit être de même lorsqu'il ne s'est point expliqué sur cet objet, parcequ'en ce cas il est censé avoir ordonné un partage égal : *Si plures instituantur, dividi inter eos à testatore jus oportet : quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt.* Ce sont les termes de la loi 9, §. 12, D. *de heredibus instituendis.*

Il faut donc tenir pour constant que, lorsque deux personnes qui se mariaient dans le même temps, ont été instituées conjointement par un seul contrat de mariage, il ne dépend point de l'instituant d'en avantager une au préjudice de l'autre.

Or, la substitution vulgaire des enfans, qui est toujours contenue tacitement dans l'Institution de leur père ou mère, est elle-même une Institution véritable : *Substitutio est secundi heredis Institutio,* dit la loi 43, §. 2, D. *de vulgari et pupillari substitutione.* On doit donc raisonner à l'égard des enfans d'un institué, considérés comme substitués vulgairement à leur père, de la même manière qu'on le ferait relativement à plusieurs personnes instituées directement par un même contrat de mariage ; et par conséquent il faut dire que l'instituant n'est pas maître d'avantager un des enfans de l'institué au préjudice des autres.

VI. Lebrun propose la question de savoir si, lorsqu'un père qui a été institué héritier par son contrat de mariage, dispose de tous ses biens en faveur d'un de ses enfans, sauf la légitime des autres, le légataire universel profitera seul de l'Institution contractuelle, ou si l'effet en sera commun à tous les enfans.

La raison de douter qu'on pourrait apporter, suivant cet auteur, est que l'Institution est censée faire partie des biens que le père a laissés lors de son décès, parcequ'il a été saisi du droit de succéder à l'instituant ; qu'ainsi il a dû le transmettre à son fils en le faisant son légataire universel.

Nonobstant cette raison, Lebrun décide que le legs universel n'aura aucun effet relativement aux biens de l'instituant ; et la preuve qu'il en donne, est sans réplique : c'est qu'on ne lègue point des Institutions contractuelles, d'abord parcequ'on ne les transmet point à des héritiers collatéraux, et en second lieu parceque les enfans d'un institué ne venant à la succession de l'instituant que par la volonté présumée de celui-ci, ils tiennent tout de lui et rien de leur père.

V. les *OEuvres de* Duperrier, tomes 1 et 2 de l'édition de 1759 ; le *Traité des Successions,* de Lebrun ; Ricard, *Traité des Donations ;* Henrys et Bretonnier, Despeisses, Leprêtre, Louet et Brodeau, Baranger-Fernand, *de Matrimonio ad morganiticam contracto ;* les *Notes* de Dumoulin sur les coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne et de Nivernais ; le *Traité des institutions et substitutions contractuelles* de Laurière ; les *Observations* de Brunel *sur le droit coutumier ;* les *OEuvres* de Coquille ; le *Droit commun de la France,* par Bourjon ; Furgole sur l'ordonnance de 1731 ; [[le *Traité des Donations* de M. Grenier ;]] et les articles *Contrat de mariage, Héritier, Légitime, Renonciation, Succession,* etc.

INSTITUTION D'HÉRITIER. C'est la nomination ou désignation de ceux qui doivent succéder à tous les droits actifs et passifs d'un défunt.

Une hérédité se défère de deux manières : par la volonté de l'homme et par la disposition de la loi. Le droit romain ne permettait à l'homme de se choisir un héritier que par testament ; mais nos usages l'autorisent à remplir cet objet par des conventions.

Il y a donc parmi nous deux sortes d'Institutions ; l'une qui se fait par contrat, l'autre par acte de dernière volonté.

On peut réduire la matière des Institutions de cette dernière espèce, à sept chefs principaux :

1°. En quels cas, dans quelles dispositions, en quels lieux l'Institution est-elle nécessaire, permise ou usitée ?

2°. Quelles en sont les différentes espèces ?

3°. Par quels actes peut-elle être faite ?

4°. De quelle manière et dans quelle forme doit-elle l'être ?

5°. Combien et quelles sortes de personnes peut-elle comprendre ?

6°. Quelles sont les règles pour connaître quels sont les héritiers que le testateur a entendu instituer, lorsqu'il ne s'est pas expliqué assez précisément ?

7°. Quelle portion doit être assignée à chacun des héritiers, lorsque le testateur en a institué plusieurs ?

Section I. *En quels cas, dans quelles dispositions, en quels lieux l'Institution d'héritier est-elle nécessaire, permise ou usitée ?*

I. Dans le droit romain, le testament et l'Institution d'héritier sont deux corrélatifs : pour faire un testament, il faut instituer un héritier ; et pour instituer un héritier, il faut faire un testament. Ces deux objets sont tellement liés l'un à l'autre, que les séparer serait les anéantir ; ou pour parler plus juste, ils ne font ensemble qu'un tout indivisible. La preuve de cette proposition résulte des textes les plus précis.

La loi 10, D. *de jure codicillorum,* porte qu'on ne peut faire un héritier par codicille, *ne per codicillos qui ex testamento valerent, ipsum testamentum quod vires per Institutionem heredum accipit, confirmari videatur.*

La loi 13, §. 1, du même titre, décide la même chose : *Qui cùm tabulas testamenti*

non fecisset, codicillis ita scripsit, Titium heredem esse volo..., *hoc casu nihil à legitimo peti poterit.*

Le §. 34 du titre *de legatis,* aux Institutes, appelle l'Institution d'héritier *caput atque fundamentum totius testamenti.*

De là vient que, quand l'hérédité n'est pas acceptée, toutes les dispositions du testament sont anéanties : *Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur,* dit la loi 181, D. *de regulis juris;* et comme, par ce moyen, les fidéicommis devenaient caducs toutes les fois que les héritiers institués et grevés refusaient de s'immiscer, on accorda au fidéicommissaire universel la faculté d'obliger l'héritier à accepter l'hérédité, pour la lui restituer ensuite à ses risques et périls.

Le droit ancien portait encore plus loin la nécessité de l'Institution dans un testament; il fallait qu'un testateur commençât ses dispositions par la nomination de son héritier : tout ce qui était écrit auparavant, était regardé comme nul. C'est ce que nous apprend Ulpien, dans ses fragmens, tit. 24, §. 14 : *Antè heredis Institutionem legari non potest, quoniam et potestas testamenti ab heredis Institutione incipit.* On permettait seulement de faire des legs *inter medias heredum Institutiones,* comme l'atteste Paul, dans ses sentences, liv. 3, tit. 6.

L'empereur Justinien a corrigé cette subtilité rigoureuse : en sorte que, dans le dernier état de la jurisprudence romaine, il a été fort indifférent que le testament commençât ou finit par l'Institution d'héritier; et toutes les dispositions qui la précédaient, ont été aussi valables que celles qui la suivaient. Ce changement est dû à la loi 24, C. *de testamentis.*

La novelle 1, chap. 1, n'a point dérogé à la nécessité de l'Institution : il est vrai qu'elle confirme les dispositions d'un testament, quoique l'héritier institué refuse d'appréhender l'hérédité, mais elle n'en suppose pas moins que l'Institution est essentielle à la validité de l'acte; elle ne fait que la transférer de la tête de l'institué sur celle de l'héritier *ab intestat,* pour obliger ce dernier à acquitter les legs et les autres charges.

Il y a cependant une clause qui supplée à l'Institution d'héritier, du moins quant à certains effets; on l'appelle codicillaire, parceque, quand elle a son exécution, elle convertit le testament en codicille, et le fait valoir comme tel. Les Romains l'exprimaient en ces termes : *Si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum.*

Voici l'origine de cette clause. Comme le droit romain ne permettait pas de faire un héritier par codicille, il fallait que toutes les dispositions que l'on consignait dans un acte de cette nature, fussent remplies par l'héritier institué, lorsqu'il y en avait un, et par l'héritier légitime, lorsque le défunt n'avait point fait de testament : ainsi, l'on pouvait léguer et fidéicommisser, même en mourant *ab intestat,* c'est-à-dire, que, dans le cas où le défunt n'avait point fait d'héritier, mais seulement des légataires, ceux-ci ne laissaient pas d'avoir action contre les parens auxquels la succession légitime était dévolue : de là est venu l'usage de déclarer dans les testamens que, s'ils étaient nuls comme tels par quelque défaut de formes, on voulait qu'ils valussent comme codicilles. Une pareille déclaration produisait tout son effet, pourvu que l'acte fût revêtu de tout ce qu'il fallait pour un codicille; et conséquemment, lorsqu'il n'y avait dans un testament que le défaut d'Institution d'héritier, la clause dont on vient de parler suffisait pour le soutenir, parceque cette forme n'était pas requise dans un codicille : mais, et c'est une observation remarquable, jamais on ne suppléait cette clause, pas même quand l'acte qualifié de testament réunissait toutes les solemnités d'un codicille. C'est ce que nous apprend la loi 1, D. *de jure codicillorum,* conçue en ces termes : *Sæpissimè rescriptum et constitutum est eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideòque quod in eo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.*

II. Telles sont en substance toutes les dispositions des lois romaines sur l'usage et sur la nécessité des Institutions dans les testamens. La jurisprudence des pays de droit écrit y est absolument conforme; l'ordonnance de 1735 n'y a rien changé; elle l'a au contraire confirmée, en établissant, par l'art. 50, la nécessité de l'Institution d'héritier dans les cas dont parle ce texte.

« Ainsi, (dit Furgole), un testament qui ne contiendrait point d'Institution d'héritier, serait absolument nul et inutile pour toutes les dispositions qu'il renfermerait, quand même il y aurait des legs universels, à moins qu'il ne renfermât la clause codicillaire, auquel cas le testament serait converti en codicille, et vaudrait comme tel; mais la clause codicillaire qui ne serait pas exprimée, ne devrait pas être sous-entendue ni suppléée.

» On aurait donc de la peine à recevoir

dans les pays de droit écrit le préjugé d'un arrêt du parlement de Dijon, du 26 novembre 1663, par lequel on a décidé qu'une disposition qualifiée de testament en deux ou trois endroits, qui ne contenait point d'Institution d'héritier, devait valoir comme codicille, sans que la clause codicillaire y fût insérée. On doit regarder comme testament une disposition que le testateur qualifie de testament. Personne n'est plus à portée, pour faire mieux connaître le genre de disposition qu'il choisit, que lui-même; et s'il n'observe pas les formalités requises pour faire valoir un testament, l'omission n'en doit pas changer la nature : mais elle doit en produire la nullité ».

III. Les pays coutumiers ont là-dessus des règles toutes différentes: ils ne connaissent ni la nécessité ni l'usage des Institutions testamentaires; les seules Institutions contractuelles y sont admises. Ainsi, pour qu'un testament soit valable, il n'est pas nécessaire, dans cette partie de la France, qu'il y ait un héritier institué, ni que les enfans du testateur soient appelés par Institution à ce que leur père leur laisse; et c'est pourquoi l'on dit communément qu'en pays coutumier les effets des testamens et ceux des codicilles sont confondus.

Cependant un testament qui contiendrait une Institution universelle d'héritier, ne laisserait pas de valoir, jusqu'à la quantité des biens dont la coutume permet de disposer à cause de mort; mais cette Institution ne serait pas exécutée comme telle; on la convertirait en legs universel, en sorte que l'institué ne passerait que pour légataire, et serait obligé de demander la délivrance à l'héritier *ab intestat.*

Il y a même des coutumes où l'Institution d'héritier est absolument prohibée, et ne vaut ni comme telle, ni comme legs. Ce sont, comme nous l'avons fait voir au mot *Héritier*, sect. 1, §. 1, nº. 7, celles de Vitry, de Meaux et de Chaumont.

Il y a au contraire d'autres coutumes qui ont conservé l'usage et l'effet des Institutions testamentaires.

Celle de Bordeaux, art. 74, porte : *Le mort saisit le vif en quelque manière qu'il succède, par testament ou sans testament.*

Celle de Berry, tit. 19, art. 28, s'exprime à peu près de même : *Le mort saisit le vif son plus prochain héritier, habile à lui succéder* ab intestat, *et aussi son héritier testamentaire.*

La coutume du duché de Bourgogne, chap. 7, art. 4, dit que, *si le testateur dispose de deux parts de ses biens....., en sont saisis ceux qu'il aura institués héritiers par son testament valablement fait et selon raison.*

Celle du comté de Bourgogne, chap. 3, art. 1, n'est pas moins précise : *Le mort saisit le vif son héritier testamentaire institué en testament solennel ou nuncupatif.*

C'est une question si, dans les coutumes que nous venons de citer, l'Institution d'héritier est nécessaire pour la validité du testament.

Boucheul, sur l'art. 272 de la coutume de Poitou, nº. 116, soutient la négative par rapport à celles de Berry et de Bordeaux; mais il ne fonde son avis sur aucune autorité.

« Je ne voudrais point (dit Furgole) contredire cet auteur, par rapport à la coutume de Berry, qui est dans le centre du pays coutumier où l'Institution n'est pas nécessaire ». (et en effet, l'art. 4 du tit. 18 de cette loi municipale porte : *Et bien qu'il n'y eût Institution d'héritier, néanmoins peut chacun disposer de ses biens par disposition de dernière volonté, par legs ou autrement*).

» Mais (continue Furgole), il est certain que, dans la coutume de Bourgogne, non-seulement l'Institution est admise, mais encore elle est nécessaire pour la validité du testament, puisque l'art. 3 du tit. 7 veut que tout testateur laisse la légitime à ses vrais héritiers à titre d'Institution, comme le supposent les auteurs du parlement de Dijon : la raison en est que la Bourgogne est un vrai pays de droit écrit, vu que, par les lettres-patentes de confirmation de l'an 1459, on renvoie à la décision du droit romain tout ce qui ne se trouve point décidé par la coutume, laquelle doit être déclarée et interprétée selon le droit romain, et non autrement.

» Et comme Bordeaux et tout le ressort de son parlement est aussi régi par la loi romaine, qui exige l'Institution d'héritier, il suffit que la coutume de Bordeaux n'ait pas déclaré en termes diserts que l'Institution n'est pas nécessaire, et qu'elle l'ait même admise et supposée en usage par l'art. 74, afin qu'on ne puisse dire que l'Institution est une formalité essentielle et nécessaire du testament dans tout le ressort du parlement de Bordeaux, qui se règle par le droit romain, d'autant mieux que cette coutume ne fixe point la formalité du testament : elle la laisse donc dans la disposition du droit commun, qui est la loi romaine ».

IV. Nous citions tout à l'heure un autre

passage de Furgole, où ce jurisconsulte établit comme une règle constante et indubitable, qu'en pays de droit écrit, même depuis l'ordonnance de 1735, les testamens qui ne contiennent point d'Institution valable, sont nuls et inutiles pour toutes les dispositions qu'ils renferment. Boullenois, sur Rodemburg, trouve cette jurisprudence trop rigoureuse, et la regarde comme abrogée par l'ordonnance de 1735. « Quoi (dit-il)! un » homme fait son testament, il veut se faire » un héritier, et faire encore des dispositions » particulières; il satisfait à toutes les for- » malités requises pour la preuve; mais parce- » qu'il se trouve quelque vice dans l'Institu- » tion, toutes les autres dispositions tom- » bent entièrement, et il meurt *intestat!* » Cela était bon chez des jurisconsultes qui » étaient infiniment formalistes; mais parmi » nous, où les lois sont plus simples et plus » accommodées au bien de la société, si la » volonté du testateur pèche dans une dis- » position, il n'est pas juste de le punir dans » une volonté qui est sage, raisonnable, » légitime et suffisamment attestée; et l'or- » donnance de 1735, art. 53, vient de fixer » la jurisprudence à cet égard ».

Nous conviendrons avec cet auteur, qu'il y a bien de la rigueur, et peut-être trop de subtilité dans les lois romaines, qui annullent toutes les dispositions particulières d'un testament, par le seul défaut d'Institution valable : mais sans examiner ici s'il ne convient pas plus de gêner la faculté de tester que de l'étendre, nous observerons que la décision de ces lois est encore en vigueur dans les pays de droit écrit, et que l'art. 53 de l'ordonnance de 1735 n'y a point du tout dérogé. En effet, que porte cet article? *En cas de prétérition d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le testament sera déclaré nul, quant à l'Institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidéicommis....; sans préjudice néanmoins de l'exécution du testament, en ce qui concerne le surplus des dispositions du testateur.* Ce texte, comme on le voit, ne règle que le cas où l'Institution est annulée par la prétérition d'un des héritiers présomptifs qui ont droit de légitime; mais conclure de là que, dans toute autre circonstance, le défaut d'Institution valable n'emporte pas la nullité des dispositions particulières du testament, c'est une inconséquence manifeste.

Dans l'ancien droit romain, et même suivant les lois du Digeste et du Code, un testament annulé pour cause de prétérition ou d'exhérédation injuste, était sans effet dans toutes ses parties, et aussi bien pour les legs et les autres dispositions particulières que pour l'Institution; mais Justinien a changé cette jurisprudence par le chap. 3 de la novelle 104.

Dans cette loi, le législateur commence par fixer les causes pour lesquelles il est permis aux ascendans d'infliger à leurs enfans la peine de la prétérition ou de l'exhérédation : *Sancimus igitur non licere patri vel matri, avo vel aviæ, proavo vel proaviæ suum filium vel filiam vel cæteros liberos præterire aut exheredes in suo facere testamento, nisi.....*; puis il ajoute que, si un enfant est exhérédé ou prétérit pour une autre cause que celles qu'il a soin de spécifier, le testament sera nul quant à l'Institution, mais valable quant aux legs et aux autres dispositions : *Si verò contigerit in quibusdam talibus testamentis quædam legata et fideicommissa, aut libertates, aut tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula concessæ legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri et dari illis quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.*

L'ordonnance de 1735 n'a fait qu'adopter cette disposition; et comme l'intention de Justinien n'avait certainement pas été d'abroger, pour d'autres cas que ceux de la prétérition et de l'exhérédation injuste, le principe que le défaut d'Institution valable fait crouler toutes les parties du testament, on ne doit pas présumer que le législateur français, en se servant à peu près des mêmes termes, ait porté ses vues plus loin.

Après tout, nous avons des règles certaines pour l'interprétation des lois nouvelles; ces règles nous disent que toute dérogation au droit ancien doit être restreinte dans ses termes précis, et que jamais on ne doit tirer à conséquence les dispositions contraires aux principes généraux.

X. Une question bien intéressante est celle de savoir comment doit être exécuté le testament d'un homme qui a des biens dans les pays de droit écrit, et dans ceux de droit coutumier, soit qu'il teste dans les uns ou dans les autres.

Cette question fait la matière de plusieurs difficultés, qui peuvent se présenter dans différentes hypothèses. Avant de les distinguer, et pour pouvoir les résoudre chacune en particulier, il faut commencer par déterminer la véritable nature de l'Institution d'héritier.

Quelques-uns la mettent au rang des for-

malités simples et extrinsèques; mais c'est une erreur très-bien réfutée par Boullenois: « Si l'Institution d'héritier est de pure formalité (dit-il), comment une coutume sera-t-elle en droit de rejeter une pareille Institution sur le fondement qu'elle n'admet pas cette formalité, quand d'ailleurs elle est admise dans le lieu d'où part l'acte qui en est revêtu? Si cette coutume n'a pas le droit de rejeter l'Institution d'héritier, parcequ'elle est reçue et admise dans le lieu où l'acte est émané, il faudra donc dire que l'Institution aura son effet dans cette coutume, contre sa disposition précise, ce qu'on ne saurait admettre, et ce qui fait connaître que l'Institution d'héritier doit être regardée autrement que comme pure formalité. Justinien n'a point parlé de la nécessité de l'Institution d'héritier, pour la validité du testament, dans le titre des Institutes *de testamentis ordinandis*, qui est pourtant l'endroit où il en aurait dû parler, s'il avait cru que l'Institution d'héritier ne fût que de pure formalité : il n'en a fait mention qu'au titre *de legatis*, §. 34, où il traite de ce qui peut être la matière de la disposition testamentaire, et où il prend soin d'avertir que *testamenta vim ex heredis Institutione accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis Institutio;* ce qui fait suffisamment connaître que l'Institution d'héritier n'appartient point à la pure formalité.

» Reste donc à dire que l'Institution d'héritier est une véritable disposition, qui, à la vérité, est la base et le fondement du testament, mais toujours disposition elle-même de l'hérédité : aussi nos auteurs l'appellent-ils *datio successionis* (Cujas *ad Africanum, tract.* 2, *ad l. si mater*).

» Pour mieux me faire entendre, il faut observer que, dans les pays coutumiers, c'est la consanguinité qui fait les héritiers.....; un testateur ne saurait s'en faire un autre que celui qui est désigné par le sang et par la loi : *gignuntur, non scribuntur heredes;* et quelque disposition universelle qu'il fasse, il fait un simple successeur de biens, et non pas un héritier : le *nomen juris* reste toujours sur la tête de l'héritier désigné par la loi, qui est saisi de la succession..... Mais dans les pays de droit écrit, le testateur peut, non-seulement disposer des biens de la succession, il peut encore disposer de sa succession en elle-même, du *nomen juris;* il peut se créer un héritier, qui, à l'instant de son décès, est saisi, au lieu de l'héritier de la loi. Cet héritier créé n'est pas simplement *successor bonorum*, il est *successor juris;* il est vraiment héritier.....; ainsi, l'Institution est une disposition que le testateur fait de sa succession dans les pays de droit écrit, comme le legs universel est une disposition qu'il fait des biens de sa succession dans les pays coutumiers. Donc il est nécessaire de dire que, quand la loi, dans les pays de droit écrit, permet d'instituer un héritier, elle permet une véritable disposition; elle autorise que l'homme dispose de son hérédité, comme les coutumes l'autorisent à disposer de ses biens ».

Il résulte évidemment de là, que l'Institution d'héritier est une disposition purement *réelle;* en effet, les dispositions testamentaires qui sont permises dans les pays de droit écrit, ne sont pas d'une autre nature qu celles qui sont permises dans les pays coutumiers : or, ces dernières sont constamment réelles, puisque jamais on ne peut étendre à un territoire étranger, la faculté qu'accorde une coutume de donner par testament, soit la totalité, soit une partie de ce qu'on possède.

Quand donc les biens d'un testateur sont situés dans les lieux où il est permis de disposer de son hérédité par testament, il est juste que l'Institution d'héritier y ait son effet.

Quand au contraire les biens sont régis par une loi qui défend toute disposition d'hérédité, il faut se renfermer dans les termes précis de cette loi.

Ces principes sembleraient devoir nous conduire directement à la conséquence, qu'en quelque endroit qu'un homme fût domicilié et qu'il testât, il ne pourrait disposer de sa succession dans les pays de droit écrit, qu'autant qu'il instituerait nommément un héritier.

Il y a cependant un grand nombre d'arrêts qui ont jugé le contraire.

Montholon en rapporte un du 23 août 1615, prononcé en robes rouges le 7 septembre suivant, par lequel a été confirmé un testament fait à Paris par un homme qui avait son domicile et tous ses biens à Lyon, quoiqu'il ne contînt point d'Institution d'héritier, et que la mère du testateur y fût prétéritée.

On en trouve un dans les œuvres de Henrys, du 17 février 1657, qui a déclaré valable un testament qu'avait fait à Paris un habitant du Mâconnais, quoiqu'il fût également attaqué par le défaut d'Institution d'héritier, et que tous les biens du testateur fussent situés dans sa patrie.

Ricard nous a conservé un troisième arrêt du 22 août 1658, qui juge la même chose dans cette espèce. Un particulier qui a son domicile et ses biens dans le duché de Bourgogne, se trouvant malade à Saint-Quentin, y fait son testament suivant la coutume du lieu : comme il n'a pas d'enfans, il donne les deux tiers de ses biens à sa femme, et dispose par forme de legs de l'autre tiers, au profit de son père et de sa mère. Ceux-ci demandent la nullité de l'acte, sur le fondement de l'art. 3 du tit. 7 de la coutume de Bourgogne, lequel porte : « Un chacun habile à faire tes-» tament et ordonnance de dernière volonté, » est tenu de délaisser à ses vrais héritiers sa-» dite légitime, c'est à savoir la tierce-partie » de tous ses biens, par droit d'Institution; ou » autrement ledit testament et ordonnance » est nul ». Malgré cette disposition, le testament est confirmé, parcequ'il a été fait dans une coutume qui ne prescrit point l'Institution d'héritier.

Il y a un quatrième arrêt du 26 juillet 1661, qui a encore jugé, suivant Ricard, « qu'un » testament fait à Paris, par une personne » qui avait son domicile et ses biens en pays » de droit écrit, était valable, encore que » les enfans puînés du testateur n'eussent » pas été institués héritiers, et qu'il leur eût » simplement légué une somme particulière » pour leur portion héréditaire ».

Le Journal du palais nous fournit un cinquième arrêt du 6 septembre 1673, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Talon, qui a confirmé un testament fait à Paris par la demoiselle de Canillac, quoiqu'il ne renfermât point d'Institution, et qu'il disposât d'une terre située en pays de droit écrit.

Le plaidoyer que M. Talon a prononcé dans cette cause en cite un semblable du 8 mai 1573 : on en trouve un autre dans les observations de Bretonnier sur Henrys, rendu, lui plaidant, en 1692 : en sorte qu'on peut compter sept arrêts du parlement de Paris, par lesquels il a été jugé que l'Institution d'héritier n'est point nécessaire même pour les biens situés en pays de droit écrit, lorsque le testament est passé dans une coutume qui ne la requiert pas.

Taisand, sur la coutume de Bourgogne, en rapporte deux du parlement de Dijon, des 2 décembre 1669 et 27 juillet 1677, qui ont précisément jugé la même chose.

[[C'est ce qu'a encore décidé un arrêt du parlement de Paris, du 12 mars 1739, rapporté dans le recueil de Rousseaud de Lacombe fils, chap. 53. La dame Commeau, domiciliée en Bourgogne, avait fait à Nevers, le 11 mai 1725, un testament par lequel elle léguait à son mari tous ses meubles et acquêts en propriété, et l'usufruit de tous ses biens fonds, sans parler de son père ni de sa mère, qui étaient vivans. Ceux-ci ont attaqué le testament, comme vicié par la prétérition.

Mais l'arrêt cité l'a jugé valable, parcequ'il avait été fait dans un pays où l'Institution de ceux qui ont droit de légitime, n'est pas requise pour la validité de l'acte]].

Le Journal des audiences nous en offre cependant un du 1er. septembre 1661, qui a déclaré nul, pour cause de prétérition, et conséquemment par défaut d'Institution valable, un testament qu'avait fait à Châlons en Champagne, un jeune homme dont tous les biens étaient à Lyon; mais il y avait une circonstance particulière dans la cause : le testateur s'était rendu odieux et suspect, par les dispositions qu'il avait faites en faveur de personnes qui avaient subjugué son esprit par de mauvais commerces; et ce qui prouve que cette particularité a seule motivé l'arrêt, c'est qu'il a annulé jusqu'aux legs contenus dans le même testament, quoique le seul vice de prétérition, comme on l'a vu plus haut, ne porte pas ses effets aussi loin.

On ne peut donc pas dire que la jurisprudence ait varié sur l'effet que doit produire, par rapport à des biens situés en pays de droit écrit, un testament fait en pays coutumier, sans Institution d'héritier.

Mais comment la concilier avec le principe si bien démontré ci-dessus, que l'Institution d'héritier est une disposition qui constitue la substance même du testament, et non une pure formalité?

Cette conciliation serait impossible, si les arrêts cités avaient eu pour motif celui que leur supposent les auteurs qui les rapportent; car on les fonde uniquement sur la maxime *locus regit actum*, prise dans le sens qui en restreint l'application aux formalités probantes et extrinsèques. Il faut donc dire que, dans l'espèce de ces arrêts, l'Institution d'héritier est suppléée dans le testament fait en pays coutumier, par l'interprétation qu'on donne à la volonté du testateur. Écoutons Boullenois :

« Un homme est domicilié dans le pays de droit écrit; il y a ses biens, et il teste par hasard en pays de coutume, et remplit toutes les formalités probantes, requises dans le lieu pour les testamens; mais au lieu de faire une Institution d'héritier, il fait un legs universel;

cet homme, quant aux solennités et formalités probantes et attestatoires, a fait tout ce qui était en lui, et il est en règle de ce côté-là.

» Mais il semblerait, du côté de la disposition en elle-même, que s'il voulait disposer de son hérédité, il devrait employer les expressions propres à faire connaître que telle était sa volonté : car l'Institution d'héritier donne plus qu'un simple legs, quelque universel qu'il soit.

» Mais quoi! Cet homme ne sait pas les termes; les personnes publiques devant qui il passe son testament, les ignorent souvent elles-mêmes; et accoutumées à leur style et à l'expression de legs universel, elles emploient cette expression, plutôt que celle d'Institution d'héritier qu'elles ne connaissent pas : peut-on douter, en interprétant la volonté du testateur, que cet homme qui dispose ainsi de l'universalité de ses biens, ait voulu faire ce que la loi de son domicile et de la situation de ses biens lui permettait de faire » ?

Cette interprétation a été adoptée par une loi expresse : l'ordonnance de 1735, après avoir établi, art. 68, que l'Institution contenue dans le testament d'un homme domicilié en pays de droit écrit, doit être exécutée comme telle en ce pays, et comme legs universel en pays coutumier, déclare art. 69, que cette disposition « aura lieu encore » que le testateur domicilié en pays de droit » écrit, ait fait son testament dans un pays » où ce droit n'est point observé; et en cas » que ledit testament ne contînt qu'un ou » plusieurs legs universels sans Institution, » ils vaudront comme Institution dans les » pays de droit écrit, pour les biens qui » y sont situés, ou qui suivent la per- » sonne, et seulement comme legs univer- » sel, pour les immeubles situés en d'autres » pays ».

L'art. 70 ajoute : « Dans le cas porté par » l'article précédent, de quelque manière » que le testateur ait fait une ou plusieurs » dispositions universelles, soit à titre d'Institution ou à titre de legs universel, son » testament ne pourra être attaqué par le » vice de la prétérition, lorsqu'il y aura fait » des legs, soit universels ou particuliers, à » chacun de ceux qui ont droit de légitime, » quelque modiques que soient lesdits legs, » lesquels vaudront en ce cas comme Insti- » tution d'héritier, sauf l'action en supplé- » ment de légitime, ainsi qu'il est porté en » l'art. 52. Mais si le testateur n'a rien laissé » à quelqu'un de ceux qui ont droit de légi- » time, ledit testament sera déclaré nul, » quant aux dispositions universelles seule- » ment ».

Ce texte prouve très-clairement que l'Institution d'héritier n'est point une pure formalité: annuler un testament fait en pays coutumier par un domicilié en pays de droit écrit, sur le seul défaut d'avoir institué ceux qui ont droit de légitime, ou de leur avoir laissé un legs que l'interprétation du législateur convertit en Institution, c'est bien dire que la règle *locus regit actum,* prise dans le sens indiqué ci-dessus, ne peut être d'aucun effet en cette matière.

L'art. 71 de la même ordonnance confirme de plus en plus le principe de la réalité des lois et des coutumes sur ce point important; en voici les termes : « Lorsque le testateur » sera domicilié dans un pays où le droit écrit » n'est pas observé, et qu'il aura fait un » testament contenant Institution d'héritier, » elle n'aura son effet que pour les immeubles » situés en pays de droit écrit; et à l'égard » des autres immeubles, ensemble des meu- » bles, droits et actions qui suivent la per- » sonne, elle ne vaudra que comme legs uni- » versel, ou comme legs particulier, suivant » la disposition portée par l'art. 68 ».

L'art. 72 ajoute : « La disposition de l'ar- » ticle précédent sera observée en quelque » lieu que le testament ait été fait »; pourquoi? Parceque, l'Institution n'étant point une formalité extrinsèque de l'acte, le testateur, en la faisant insérer dans son testament, n'est censé avoir en vue que les biens pour lesquels cette Institution est requise par la loi du territoire.

« Et si ledit testament (continue le même » article) ne contient point l'Institution » d'héritier, les dispositions universelles qui » y seront portées, ne seront exécutées que » comme legs universels, même dans les pays » de droit écrit ».

La disposition de cet article a, du premier abord, excité les remontrances du parlement d'Aix. Mais voici ce que M. le chancelier d'Aguesseau a répondu à cette compagnie le 23 novembre 1737 :

« Pour bien entendre l'art. 72, qui est une suite de l'art. 71, il faut faire attention que l'un et l'autre sont dans l'espèce d'un testateur qui a son domicile dans un pays où l'on suit le droit coutumier; comme l'Institution d'héritier n'y a pas lieu, la loi n'en connaît pas d'autres que l'héritier du sang, et elle le saisit de tous les biens après la mort du testateur; en sorte que c'est lui qui est chargé d'acquitter les legs universels ou par-

ticuliers : ainsi, ce qui porte le nom de testament dans ces pays, ne serait regardé dans les principes du droit romain, que comme un codicille; mais on a prévu qu'un testateur, quoique domicilié dans un pays régi par les coutumes, pourrait avoir des immeubles situés en pays de droit écrit; et c'est dans cette espèce qu'on a fait une distinction très-naturelle.

» Ou ce testateur a fait une Institution d'héritier dans les termes usités, ou il n'en a pas fait, et s'est servi des expressions usitées en pays de droit coutumier.

» Dans le premier cas, l'art. 71 décide que l'Institution d'héritier, quoique rejetée par la loi de son domicile, est valable par rapport aux immeubles qu'il possède en pays de droit écrit;

» Mais dans le second cas où le testateur n'a point fait d'Institution d'héritier, toutes ses dispositions ne peuvent être regardées que comme de simples legs universels ou particuliers.

» Tel est l'objet de l'art. 72, article qui ne peut faire aucune difficulté dans les tribunaux de votre province, accoutumés à suivre les principes du droit romain. Ils ne considéreront ce testament que comme un codicille, et ils suivront les mêmes règles que s'il s'agissait de la succession d'un homme domicilié en Provence, qui serait mort sans testament, en se contentant de faire un codicille. A l'égard de la nature des biens immeubles, dont il peut être permis de disposer en tout ou en partie, cela dépend toujours de la loi qui régit le pays où les fonds sont situés ».

Pourquoi donc cette différence entre le testateur domicilié en pays de droit écrit, et le testateur domicilié en pays de coutume? On a vu que le legs universel fait par le premier, dans un testament passé en pays de coutume, vaut comme Institution en pays de droit écrit; pourquoi ne pas donner le même effet au legs universel du second?

La raison de cette différence est puisée dans l'intention présumée du testateur. Un homme nourri dans les usages des pays coutumiers, doit être censé n'avoir voulu que ce que voulaient les autres testateurs, qui, domiciliés comme lui hors de l'empire du droit écrit, ne font que des légataires universels.

Pour nous résumer avec Boullenois,

« L'ordonnance de 1735 s'est, d'une part, conformée à la loi de la situation des biens, et d'une autre, elle a, selon les occurrences, interprété la volonté des testateurs, sans d'ailleurs blesser les lois.

» C'est ainsi qu'à l'égard du domicilié en pays de droit écrit, qui teste ailleurs, et qui fait une disposition universelle, mais non qualifiée d'Institution d'héritier, l'ordonnance veut, et cela en interprétant la volonté des testateurs, que cette disposition vaille Institution dans tous les endroits où elle peut valoir.

» La même ordonnance veut que cette disposition reste simple disposition universelle, pour les pays où l'Institution n'a pas lieu, et c'est en se conformant à la disposition réelle des lieux.

» Mais par rapport au domicilié en pays de coutume, un legs universel n'est toujours qu'un legs universel, qui ne donne que les biens, et non pas le *nomen juris*, et cela par interprétation de la volonté des testateurs, à moins que tel domicilié en pays de coutume n'emploie les termes d'Institution d'héritier, auquel cas il fait effectivement un héritier ou il en peut faire, parceque sa volonté y est précise, et la loi de la situation conforme; et comme dans le plus, il y a le moins, cette Institution d'héritier se convertit en legs universel pour les pays de coutume; et voilà, selon moi, l'économie de l'ordonnance de 1735 sur cette matière ».

VI. Mais voici une autre question sur laquelle cette loi n'a point prononcé. Les coutumes de Vitry, de Meaux et de Chaumont rejettent tellement les Institutions d'héritier, que, comme on l'a vu au mot *Héritier*, sect. 1, §. 1, n°. 7, elles ne leur donnent pas même l'effet de legs. Supposons qu'un homme, se trouvant dans une de ces trois coutumes, y fasse son testament et institue un héritier : cette Institution vaudra-t-elle comme legs universel dans les coutumes de Paris, de Rheims, d'Auvergne, etc., et comme Institution dans les pays de droit écrit? Réciproquement un homme se trouvant dans une province de droit écrit, y fait un testament portant Institution d'héritier : cette Institution vaudra certainement comme telle dans tous les pays régis par le même droit, et comme legs universel dans les provinces soumises au droit commun coutumier; mais vaudra-t-elle sous ce dernier aspect dans les trois coutumes dont il s'agit?

Cette question se déciderait d'elle-même, si l'on pouvait, ainsi que certains auteurs l'ont fait, considérer l'Institution d'héritier comme une formalité purement extrinsèque, et si, par conséquent, c'était aux seules lois des lieux où se passent les testamens, à en régler l'usage et la nécessité. Dans ce système, une Institution faite par un testament passé à

Chaumont, à Meaux, à Vitry, ne devrait valoir, ni comme legs dans les autres coutumes, ni comme Institution dans les pays de droit écrit, parcequ'elle serait absolument nulle; mais une Institution contenue dans un testament passé en pays de droit écrit ou de droit commun coutumier, devrait valoir comme legs dans les trois coutumes citées, parcequ'elle serait valable en elle-même.

Cette résolution serait très-simple, et parerait à bien des difficultés; mais comment l'admettre alors qu'il est si évident que l'Institution d'héritier n'est point une pure formalité?

Il semblerait donc que l'on dût appliquer à l'espèce dont il s'agit ici, l'esprit des art. 69, 70 et 72 de l'ordonnance de 1735, et que, par suite, on dût, pour la résoudre, consulter, dans chaque occurrence, l'intention présumée du testateur: ainsi, l'on dirait qu'une Institution d'héritier faite par un domicilié dans l'une des trois coutumes dont il est question, en quelque lieu que le testament ait été passé, n'est d'aucun effet pour les biens de Chaumont, de Meaux, de Vitry; mais qu'elle vaut comme Institution proprement dite dans les pays de droit écrit, et comme legs universel dans les autres coutumes. Et à l'égard d'une Institution faite par un domicilié en pays de droit écrit ou de droit commun coutumier, quand même le testament aurait été passé dans l'une des trois coutumes, elle serait exécutée comme telle dans les pays de droit écrit, et elle aurait l'effet d'un legs universel, même dans ces trois coutumes.

Mais ne serait-ce point donner trop d'empire à la volonté présumée des testateurs, que de raisonner ainsi? A la bonne heure, qu'une Institution d'héritier faite par le testament d'un domicilié en pays de droit écrit, soit convertie en legs universel dans les coutumes de Paris, de Rheims, d'Auvergne, etc. Ces lois municipales autorisent elles-mêmes cette conversion; et la volonté présumée du testateur ne fait qu'ajouter une force nouvelle à leur disposition: mais les coutumes de Vitry, de Meaux et de Chaumont rejettent tellement l'Institution d'héritier, qu'elles ne veulent pas même la faire valoir comme legs universel: on ne peut donc pas faire la conversion de l'une en l'autre, sur le seul fondement de l'intention présumée du testateur: car la volonté de l'homme, lors même qu'elle est expresse, ne peut être d'aucun effet contre les lois prohibitives.

Il faut donc s'en tenir, par rapport à notre question, à la pure réalité des lois et des coutumes sur la matière des Institutions d'héritier, et dire que toute disposition de cette nature, en quelque lieu et par quelque personne qu'elle soit faite, n'aura point d'effet dans les trois coutumes dont il s'agit, et vaudra ailleurs comme Institution, comme legs universel, suivant les statuts particuliers des lieux où sont situés les biens.

[[VII. Aujourd'hui, plus de différence sur cette matière, entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers. Les lois romaines sont abrogées dans les uns, comme les coutumes le sont dans les autres; et l'on peut, dans toute la France, disposer à son gré par Institution d'héritier ou par legs universel. *V.* le Code civil, art. 1002, et la loi du 30 ventôse an 12, art. 7.

Mais pendant les neuf ans qui ont précédé la promulgation de l'art. 1602 du Code civil, l'Institution d'héritier et le legs universel étaient également nuls, lorsqu'ils excédaient la portion disponible.

Voici une espèce dans laquelle j'ai développé cette législation intermédiaire, et traité une question importante qui en dérivait.

Le 24 juin 1787, Pons Rayet, n'ayant pour héritiers présomptifs que deux frères, Jean-Pierre et Guillaume Rayet, fait un testament par lequel, prévoyant le cas (arrivé depuis), où il mourrait sans enfans, il s'exprime en ces termes: « Je fais et institue mon héritier uni» versel, Jean-Pierre Rayet mon frère, en » tous les biens meubles, immeubles, noms, » voix, droits, raisons et actions que je dé» laisserai, *à la charge par mondit frère, de* » *rendre mon entière hérédité*, sans distrac» tion de quarte, à la fin de ses jours, ou plu» tôt si bon lui semble, à l'aîné de ses enfans » mâles, habile à succéder et non lié dans les » ordres sacrés; et, à défaut de mâles, à l'aî» née de ses filles habiles à succéder ».

Pons Rayet meurt le 9 thermidor an 11, et conséquemment après la promulgation du titre *des donations entre-vifs et des testamens* du Code civil.

Guillaume Rayet demande la nullité de l'Institution faite au profit de Jean-Pierre Rayet, son frère, et se fonde 1°. sur les art. 1 de la loi du 17 nivôse, et 47 de la loi du 22 ventôse an 2, qui annullent toutes les dispositions universelles à cause de mort, faites avant la publication de la loi du 5 brumaire précédent; 2°. sur l'art. 896 du Code civil, qui, en prohibant les institutions, annulle les dispositions grevées de ces sortes de charges.

Le 27 prairial an 12, jugement du tribunal civil de Cahors, qui, adoptant le premier de

ces moyens et rejetant le second, déclare l'Institution nulle.

Appel. Par arrêt du 30 avril 1806,

« Considérant, sur la première question, qu'en fait de testament, l'époque de la mort du testateur doit être prise en grande considération, parceque c'est cette époque qui détermine la règle à suivre en cas de contestation; que, dans cette hypothèse, Pons Rayet est décédé sous l'empire du Code civil, qui ne lui avait pas prescrit de refaire son testament; et que par-là, la validité de ce testament est hors de tout doute, quoiqu'il ne l'eût pas refait; que peu importe que les lois antérieures eussent attaqué son essence ou menacé son existence, le principe que les lois intermédiaires ne nuisent point, *media tempora non nocent*, étant certain et encore dans toute sa force, parceque les lois romaines doivent être suivies en tout ce que le Code n'a pas écarté par des dispositions contraires, et d'ailleurs devant être de tous les temps et de tous les lieux, parcequ'il est fondé sur cette grande maxime du droit public que le législateur ne peut pas plus enchaîner l'avenir que rétroagir sur le passé, et que les lois n'ont d'empire que pendant leur existence; que ce qu'il faut surtout observer, c'est la capacité du testateur à l'époque de la confection du testament, et à l'époque de son décès; qu'ici, lors de la confection du testament, les formes lors en vigueur avaient été observées; que les dispositions y contenues étaient permises; que le testateur n'avait fait que ce qu'il avait pu faire, et qu'il l'avait fait comme il avait dû le faire; que, lors du décès du testateur, les dispositions contenues dans son testament, étaient avouées par la loi, sauf réduction, si elles s'étaient trouvées excessives; qu'en vain on opposerait l'autorité des lois des 17 nivôse, 22 ventôse et 9 fructidor an 2, ainsi que celle du 18 pluviôse an 5; qu'aucune de ces lois n'a pu atteindre, quant aux dispositions, un testament dont l'auteur est décédé depuis la publication du Code civil, parceque c'est le temps du décès qu'il faut considérer pour les dispositions d'un testament, et non les lois intermédiaires entre sa confection et le décès du testateur; que, jusqu'à ce décès, le testament ne doit être considéré que comme un simple projet que le décès seul confirme; que la loi du 17 nivôse eût-elle pu frapper le testament de Pons Rayet, ce n'eût jamais été que d'une nullité relative et éventuelle qui l'aurait laissé revivre après l'abrogation de cette loi, prononcée avant le décès du testateur; qu'enfin, les deux arrêts de la cour de cassation, des 29 brumaire et 19 thermidor an 12 employés comme préjugés dans ce procès, ne peuvent y fournir une raison de décider, parceque les circonstances ne sont pas les mêmes. Les premiers avaient pour objet des dispositions ouvertes sous la loi du 4 germinal an 8. Et il est question ici d'une Institution héréditaire, dont l'auteur est décédé sous le Code civil; différence bien essentielle qui se justifie par cet aperçu sensible que la loi du 4 germinal s'était bornée à étendre la faculté de disposer, à délivrer les successibles de l'incapacité dont ils avaient été frappés, de recevoir les libéralités de préférence; qu'elle n'avait dérogé taxativement aux lois antérieures, qu'en ce qui concernait l'extension de disponibilité qu'elle permettait, laissant le surplus desdites lois dans toute sa force, et notamment de la loi du 17 nivôse, ainsi que de celles qui la suivirent, concernant la nécessité de refaire les dispositions excessives, et de les circonscrire dans la quotité disponible, si on voulait qu'elles eussent la validité relative à cette quotité. Au lieu que le Code civil, bien supérieur dans sa théorie, a introduit un droit nouveau sur cette matière; qu'il a formellement abrogé toute législation antécédente relative à la faculté de disposer à titre gratuit, entre-vifs ou à cause de mort; que cette différence se justifie encore par cette autre considération frappante, que le principe de réductibilité adopté par le Code civil, en vertu duquel quelque excessive que soit une disposition, il la maintient en la réduisant, ne se trouve aucunement dans la loi du 4 germinal, qui ne dit pas un mot de la réductibilité en cas de décès, qui paraît même dire le contraire en disposant que les libéralités qui seront faites dans le cas des art. 1, 2 et 3, seront valables lorsqu'elles n'excéderont pas; ce qui exprime évidemment qu'elles ne seront pas valables lorsqu'elles excéderont;

» Considérant, sur la deuxième question, qu'il est sans difficulté aucune que la substitution dont il s'agit, est tombée dans la prohibition du Code, et qu'alors il reste à examiner si la nullité de la substitution doit entraîner la nullité de l'Institution; que la question réduite à ces termes, ne souffrirait aucune difficulté, si elle devait être décidée par les textes du droit ancien, et par le sentiment des auteurs qui en ont fourni le commentaire, parcequ'il est bien établi par leur théorie, que la nullité d'une clause particulière n'emporte pas la nullité de tout le testament; qu'on ne doit tirer aucune conséquence de la substitution à l'Institution; que le second degré peut être annulé, et le pre-

mier conservé; mais qu'il est prétendu que l'art. 896 du Code a établi un droit nouveau quant à ce qu'il a posé les bases d'une nouvelle théorie, d'après laquelle on doit juger aujourd'hui tout autrement qu'on jugeait autrefois dans cette matière; que, quant à cette difficulté, l'art. 896 du Code porte: *Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire;* que la teneur de cet article paraît comporter plus que la nullité de la substitution; que par ces expressions, *même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire*, le législateur a étendu son intention, marqué d'une manière non équivoque sa volonté d'abolir, non-seulement le fidéicommis, mais encore la totalité des dispositions auxquelles cette condition se trouvait attachée; que forcément on doit trouver dans cette interprétation le vrai sens, le véritable esprit de l'article rapporté, parceque si le législateur n'avait eu en vue que de frapper les substitutions, il se serait borné au premier membre de l'article (*les substitutions sont prohibées*), qui aurait suffisamment exprimé son intention; quant à ce qu'il a ajouté dans le second membre, l'extension qu'il y donne au principe déjà posé, signale à grands traits sa pensée d'envelopper dans la même proscription la disposition, même dans la partie qui a trait à l'institué; que ces mots, *même à l'égard*, considérés dans l'expression qu'ils doivent avoir, équivalent à ceux-ci: *pour ce qui regarde, pour ce qui concerne;* et *ce qui regarde, ce qui concerne* le donataire, l'héritier institué ou le légataire, c'est incontestablement la donation, l'Institution ou le legs; que les termes de certains articles du Code, subséquens à l'art. 896, répandent un jour bien lumineux encore sur cette intention du législateur; l'art. 897 dit: *Sont exceptées de l'article précédent, les dispositions permises aux pères et aux mères, aux frères et aux sœurs;* un article subséquent, l'art. 1049, porte: *Sera valable en cas de mort sans enfans, la disposition que le défunt aura faite au profit d'un ou de plusieurs de ses frères ou sœurs; avec la charge de rendre aux enfans nés ou à naître*, etc.; l'art. 1050 s'exprime en ces termes: *Les dispositions permises par l'article précédent, ne seront valables qu'autant que la charge de rendre sera au profit de tous les enfans nés et à naître du grevé;* le mot *disposition*, qu'on trouve employé dans chacun de ces articles, embrasse évidemment tant l'Institution que la substitution; et alors l'art. 896, peut être motivé sur ce que, dans les substitutions fidéicommissaires, le grevé ne paraît être que le moyen de transmission, ce qui n'est pas le signe d'une grande affection de la part du substituant, qui transporte toute sa propriété sur la tête de celui qu'il appelle pour recueillir l'effet de cette vocation; qu'en détruisant la disposition indirecte contenue dans la même clause de l'acte, on substitue à la volonté de l'homme la volonté de la loi; et qu'alors, dans le concours qui s'établit entre le grevé et les héritiers légitimes, ceux-ci, c'est-à-dire les héritiers naturels, ont paru plus favorables, et devoir être préférés: ce qui s'est opéré par la déclaration de nullité tant de l'Institution que de la substitution, parcequ'alors les héritiers se mettront à la place qu'occupait le grevé dans l'ancien droit.....;

» Par ces motifs, la cour (d'appel d'Agen), sans s'arrêter aux motifs énoncés dans le jugement de première instance....; attendu la nullité du testament, prononcée par l'art. 896 du Code civil, en ce qu'il renferme une substitution fidéicommissaire, qui entraîne la nullité de la disposition faite en faveur de Jean-Pierre Rayet; *démet* ledit Jean-Pierre Rayet de son appel, avec amende et dépens ».

Jean-Pierre Rayet se pourvoit en cassation, et soutient que l'art. 896 du Code civil a été violé par cet arrêt.

Guillaume Rayet, assigné sur cette demande, en vertu d'un arrêt de la section des requêtes, répond 1°. que la cour d'appel d'Agen a fait une juste application de l'article cité; 2°. qu'en tout cas, l'arrêt de cette cour doit être maintenu par le motif qui avait déterminé le tribunal de première instance.

« L'affaire sur laquelle est en ce moment fixée votre attention (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 4 janvier 1808), présente à votre examen deux questions importantes: l'une, si la nullité dont la loi du 22 ventôse an 2 avait frappé les dispositions à titre universel, faites avant la publication de celle du 5 brumaire précédent, a été effacée par la survie du testateur à la promulgation du titre des *donations et testamens* du Code civil; l'autre, si, d'après l'art. 896 du Code civil, la substitution fidéicommissaire vicie radicalement la disposition qui en est grevée.

» La cour d'appel d'Agen a décidé ces deux questions pour l'affirmative: elle a jugé que l'Institution d'héritier contenue dans le

testament de Pons Rayet, d'abord annulée par la loi du 22 ventôse an 2, aurait été validée par le Code civil, si elle eût été pure et simple. Mais elle a jugé en même temps que le Code civil l'avait rendue sans effet, à raison de la substitution fidéicommissaire que le testateur avait imposée à son héritier institué.

» Et de là résulte cette singularité assez remarquable, que Guillaume Rayet, tout en défendant le dispositif de l'arrêt attaqué par son frère, en critique cependant les motifs, en tant qu'ils se rapportent à la première question; tandis que Jean-Pierre Rayet, en s'élevant contre le même dispositif, n'en combat les motifs qu'autant qu'ils se rapportent à l'effet qu'il donne à la substitution fidéicommissaire, d'anéantir une Institution qu'il eût, sans elle, jugée valable.

» Nous avons donc à examiner

» En premier lieu, si, dans la supposition que la cour d'appel d'Agen eût erré sur le sens de l'art. 896 du Code civil, son arrêt ne devrait pas encore être maintenu, indépendamment de la manière dont il est motivé sur la validité de l'Institution considérée en elle-même, et abstractivement à la substitution qui la grève.

» En second lieu, si, dans la supposition que la cour d'appel d'Agen ait bien motivé son arrêt, quant à la validité de l'Institution considérée en elle-même et abstractivement à la substitution qui la grève, son arrêt doit être cassé ou maintenu, en tant qu'il juge que la substitution a annulé l'Institution.

» La première question offre, au premier aspect, des difficultés sérieuses : pour les apprécier avec justesse, nous devons, avant tout, nous fixer sur le texte des lois qui y ont donné lieu.

» La loi du 5 brumaire an 2, art. 10 et 11, déclarait *nulles et de nul effet, toutes dispositions entre-vifs ou à cause de mort*, précédemment faites, soit par des ascendans, ayant des enfans encore vivans, soit par des collatéraux, au préjudice de leurs héritiers présomptifs; et cependant elle ajoutait, art. 12, qu'on pourrait, à *l'avenir*, disposer du dixième de son bien en ligne directe, et du sixième en ligne collatérale.

» Cette loi fut refondue dans celle du 17 nivôse de la même année; mais en la refondant, la loi du 17 nivôse la modifia.

» Elle commença par dire, art. 1er. « Toutes dispositions à cause de mort, dont l'auteur est encore vivant, sont nulles ». Mais elle excepta, par son trente-quatrième article, les legs à titre particulier, qui ne s'élèveraient pas au-dessus de 10,000 francs, lorsque, d'ailleurs, les légataires n'auraient pas personnellement une fortune supérieure à cette somme.

» Du reste, par son seizième article, elle maintint, *pour l'avenir*, la faculté de disposer du dixième ou du sixième de son bien, suivant la distinction établie par la loi du 5 brumaire; et par l'article suivant, elle ajouta : « à l'égard des citoyens au profit desquels il » a été fait, à titre universel, des dispositions » dont la nullité est prononcée par la loi du » 5 brumaire, ils demeurent autorisés à retenir, soit le dixième, soit le sixième, qu'elle » rend disponible.... »

» Quel était l'objet de ce dernier article? S'appliquait-il à toutes les dispositions universelles annulées par la loi du 5 brumaire, et par conséquent à celles dont les auteurs étaient encore vivans à l'époque de la publication de cette loi; ou ne s'appliquait-il qu'aux dispositions universelles dont les auteurs étaient morts dans l'intervalle du 14 juillet 1789 à cette époque, et que la loi du 5 brumaire, rétroactive en ce point, annulait également?

» Cette question était embarrassante : et de la manière dont était conçu le texte qui la faisait naître, il n'y avait guère que le législateur qui pût la résoudre. Effectivement, la Convention nationale fut invitée, par une pétition expresse, à déclarer si les retenues légales auraient lieu par rapport aux dispositions à cause de mort contenant titre universel, dont l'effet ne s'était ouvert que depuis la promulgation de la loi du 5 brumaire, sans qu'il y eût eu nouvelle disposition circonscrite dans les termes du droit nouveau. Et par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse de la même année, le législateur répondit : « La loi a aboli les anciennes dispositions; et si elle a simplement » réduit à une quotité celles dont l'auteur décédé ne pouvait refaire un nouvel acte, ce » motif a cessé lorsque cet auteur a survécu à » la promulgation de la loi du 5 brumaire; et » ainsi, s'il ne l'a pas fait, l'ancienne disposition est nulle pour le tout; sans quoi, il n'y » aurait pas de raison pour ne pas attribuer » le même effet aux dispositions de cette nature, qui pourraient échoir dans vingt ou » trente ans; ce qui ferait ainsi concourir » deux sortes de législations qui ne doivent » plus rien avoir de commun par la suite ».

» Cette explication était claire; mais quoique interprétative d'un droit préexistant, elle parut devoir, par sa rigueur, être considérée comme introductive d'un droit nouveau; et voici ce que régla en conséquence l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an 5, par rapport aux dispositions universelles dont les

auteurs étaient morts depuis la loi du 5 brumaire, mais avant celle du 22 ventôse : « Il » n'est rien changé..... aux dispositions éta» blies, notamment par l'art. 47 de la loi » du 22 ventôse... an 2, relativement à l'effet » qu'ont perdu.... les actes de dernière vo» lonté faits antérieurement à la loi du 5 » brumaire, par des personnes qui ont survécu » à ladite loi sans les renouveler; néanmoins » lesdits actes conserveront leur effet jusqu'à » concurrence de la portion disponible, dans » toutes les successions ouvertes jusqu'à la » publication du décret du 22 ventôse, qui » a déclaré formellement la nécessité de re» faire les dispositions à titre universel ».

» En rapprochant ces différens textes les uns des autres, on voit clairement qu'à partir de la loi du 5 brumaire an 2, il est demeuré constant que les dispositions à titre universel étaient nulles pour le tout, lorsqu'elles excédaient ou le dixième ou le sixième des biens de leurs auteurs; que la loi du 17 nivôse suivant a laissé des doutes sur le point de savoir si l'on devait appliquer cette règle absolument nouvelle et subversive des anciens principes, aux dispositions antérieures à la loi du 5 brumaire, mais dont les auteurs avaient survécu à cette loi; ou si, conformément aux anciens principes, ces dispositions devaient seulement être réduites aux termes dans lesquels cette loi avait restreint la disponibilité; et que ces doutes ont été résolus en faveur du parti de la réduction, non-seulement pour les dispositions dont les auteurs avaient survécu à la loi du 5 brumaire, mais encore pour celles dont les auteurs étaient morts après la loi du 5 brumaire, et avant celle du 22 ventôse.

» Tel était l'état de la législation, lorsque parut la loi du 4 germinal an 8. Par cette loi, vous le savez, il fut dit qu'*à compter du jour de sa publication, toutes les libéralités qui seraient faites, soit entre-vifs soit par actes de dernière volonté, seraient valables, lorsqu'elles n'excéderaient pas* les quotités qu'elle détermina suivant le nombre et la qualité des héritiers légitimes *du disposant*. Et par ces mots, *lorsqu'elles n'excéderaient pas*, le législateur manifesta clairement la volonté de maintenir la règle établie par les lois précédentes, que toute disposition qui excéderait la quotité disponible, serait nulle pour le tout.

» Si donc Pons Rayet était mort sous l'empire de cette loi, il n'y aurait eu aucune raison, aucun prétexte de ne pas regarder comme absolument nulle l'Institution d'héritier qu'il avait faite en 1787, au profit de Jean-Pierre Rayet, son frère; et il est clair que cette Institution n'eût pas pu valoir même jusqu'à la concurrence de la portion dont cette loi permettait à Pons Rayet de disposer au préjudice de Guillaume Rayet. C'est effectivement ce que la cour a jugé par plusieurs arrêts.

» Thomas Noirhomme avait fait, en 1790, un testament, par lequel il avait institué Élisabeth Ulricy son héritière universelle. Il mourut en prairial an 8, sans avoir refait sa disposition, et par conséquent sans l'avoir restreinte à la quotité dont la loi du 4 germinal précédent lui permettait de se jouer. Élisabeth Ulricy prétendit que son Institution devait être exécutée, du moins pour la portion que cette loi avait déclarée disponible. Mais par arrêt du 6 frimaire an 11, la cour d'appel de Liége la débouta de sa demande; et la section des requêtes a confirmé cet arrêt le 29 brumaire an 12, au rapport de M. Vallée, « attendu que, la loi » du 4 germinal an 8 ne disposant que pour » l'avenir, et le testament dont il s'agit, » fait en 1790, et contenant disposition uni» verselle, n'ayant pas été renouvelé et cir» conscrit dans les termes de droit établi par » la loi du 17 nivôse et les lois subséquentes, » le tribunal d'appel, séant à Liége, en dé» clarant nulle pour le tout, la disposition » en question, s'est parfaitement conformé à » la loi ».

» La veuve Hossard avait fait, le 18 germinal an 2, un testament olographe, par lequel, usant du pouvoir qu'elle tenait de l'art. 1er. du chap. 32 des chartes générales du Hainaut, où elle était domiciliée, elle avait institué Thérèse Torffs héritière universelle de tous ses biens meubles; et elle était décédée le 29 fructidor an 9. Question de savoir si l'Institution qu'elle avait laissée dans son universalité primitive, devait avoir son effet pour la quotité dont la loi du 4 germinal an 8 avait permis de disposer. Le 7 messidor an 10, arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui juge pour la négative. Thérèse Torffs s'est pourvue en cassation; mais par arrêt du 19 thermidor an 12, au rapport de M. Gandon, vous avez rejeté son recours, « attendu (nô» tamment), que ce testament ne peut pas » se soutenir par la considération de l'exis» tence de la loi du 4 germinal an 8, au» temps du décès de la dame Hossard, cette » loi n'ayant pas d'effet rétroactif, et n'ayant » pu faire revivre des dispositions déjà an» nulées par les lois précédentes ».

» Répétons-le donc avec une pleine confiance : si Pons Rayet était mort sous l'em-

pire de la loi du 4 germinal an 8, il est incontestable que l'Institution d'héritier contenue dans son testament, eût dû être entièrement annulée, et n'eût pu avoir aucun effet.

» Mais ce n'est pas sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, qu'est mort Pons Rayet; il est mort après la promulgation du titre *des donations et testamens* du Code civil; et non-seulement l'art. 916 de ce Code lui permettait de disposer de tous ses biens au préjudice de Guillaume Rayet, son frère, mais l'art. 920 de ce même Code, abrogeant, d'une manière spéciale, les lois du 17 nivôse et du 22 ventôse an 2, en tant qu'elles annulaient pour le tout les dispositions à titre universel non circonscrites dans les bornes qu'elles avaient fixées, déclare formellement que *les dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession.* Le Code civil a donc replacé le testament de Pons Rayet sous la même loi qui l'avait régi au moment de sa confection. Pons Rayet est donc mort, quant à la faculté de disposer, dans le même état que celui sous lequel il avait testé. Et, d'après cela, comment pourrait-on argumenter ici des lois intermédiaires qui avaient annulé son testament?

» C'est un principe élémentaire, que, pour décider si un testateur a valablement disposé, on ne doit s'attacher qu'à deux temps, celui où il a fait son testament et celui où il a cessé de vivre; et qu'il ne doit être pris aucun égard aux événemens qui, dans l'intervalle de l'un à l'autre, ont apporté dans ses dispositions un vice qui n'y existait pas dans le premier, et ne s'y retrouvait plus dans le second. *Solemus dicere media tempora non nocere : ut puta, civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus, mox civitatem Romanam pervenit; media tempora non nocent.* Ce sont les termes de la loi 6, §. 2, D. *de heredibus instituendis.* La loi 29, §. 1, du même titre, dit également que *medio tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, mutatio juris heredi non nocet.* Enfin, la loi 42, D. *de injusto, rupto et irrito testamento*, déclare qu'un testament rompu par la survenance d'un enfant non institué héritier, revit et reprend toute sa force, si cet enfant vient à mourir avant le testateur.

» Ces décisions s'appliquent d'elles-mêmes à notre espèce. Et vainement dirait-on qu'elles ne portent point sur le cas où c'est la loi elle-même qui, dans l'intervalle du testament au décès du testateur, a frappé le testament de nullité. Non, elles ne portent pas précisément sur ce cas : mais la raison qui les détermine, est applicable à ce cas comme à ceux qu'elles règlent expressément; et tout le monde connaît cette maxime écrite dans la loi 12, D. *de legibus*, que, *cùm in aliquâ causâ sententia legum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ita jus decere debet.* D'ailleurs ces décisions sont fondées, comme elles le déclarent elles-mêmes, sur le principe *media tempora non nocent;* et ce principe est commun à tous les changemens intermédiaires, de quelque cause qu'ils proviennent.

» Inutile de dire que le testament de Pons Rayet a été annulé par les lois des 5 brumaire, 17 nivôse et 22 ventôse an 2; qu'une fois annulé, il n'a pu revivre que par l'effet, ou d'une nouvelle disposition du testateur, ou d'une nouvelle loi; que le testateur ne l'a ni refait ni confirmé; et qu'aucun article du Code civil ne lui a rendu l'existence qu'il avait perdue.

» Cet argument suppose que les lois de l'an 2 ont placé le testament de Pons Rayet dans le même état que s'il eût été matériellement détruit. Mais c'est une supposition purement gratuite. Quand ces lois ont dit que les dispositions universelles faites avant le 5 brumaire an 2, étaient nulles, elles n'ont pas voulu dire autre chose si ce n'est que ces dispositions perdaient leur effet; et c'est ce qu'explique très-bien l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an 5 : *il n'est rien changé*, porte cet article, *aux dispositions établies, notamment par l'art. 47 de la loi du 22 ventôse, et par l'art. 33 de celle du 9 fructidor an 2, relativement* A L'EFFET QU'ONT PERDU OU CONSERVÉ *les actes de dernière volonté faits antérieurement à la loi du 5 brumaire, par des personnes qui ont survécu à la publication de cette loi sans les renouveler.*

» Mais si les lois de l'an 2 se sont bornées à priver de leur effet les dispositions universelles dont il s'agit, il est évident qu'elles n'ont pu en priver réellement que celles qui se sont ouvertes sous leur empire : or, leur empire a cessé du moment que le Code civil a paru; elles ne peuvent donc plus priver de son effet un testament qui ne s'est ouvert que depuis la promulgation du Code civil; il n'était donc nécessaire, pour donner effet à ce testament, ni que le testateur le renouvelât, ni que le Code civil en révoquât expressément l'annullation.

» Plus inutilement cherche-t-on à appliquer au Code civil ce que vous avez dit dans

votre arrêt du 19 thermidor an 12, de la loi du 4 germinal an 8, savoir, que *la loi du 4 germinal an 8, n'ayant pas d'effet rétroactif, n'a pas pu faire revivre les dispositions déjà annulées par les lois précédentes.* Cette proposition, vraie pour la loi du 4 germinal an 8, ne l'est pas pour le Code civil; et il y en a une raison aussi palpable que tranchante: c'est que la loi du 4 germinal an 8 n'abrogeait pas, et au contraire maintenait en termes exprès, les lois de l'an 2, en tant qu'elles annulaient les dispositions à titre universel qui excédaient la quotité disponible; au lieu que, par le Code civil, les lois de l'an 2 ont perdu toute leur autorité.

» Disons donc que la cour d'appel d'Agen a justement écarté, par l'arrêt qui vous est dénoncé, le moyen de nullité que Guillaume Rayet prétendait tirer des lois de l'an 2, contre le testament de son frère; que son arrêt ne pourrait pas être justifié par ce moyen, si vous jugiez qu'il a violé ou faussement appliqué l'art. 896 du Code civil; et que par conséquent le sort de son arrêt est absolument subordonné à la décision que vous porterez sur notre seconde question, sur celle de savoir si de l'art. 896 du Code civil, il résulte que la nullité de la substitution fidéicommissaire emporte la nullité de l'Institution qui en est grevée ».

On verra à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, qu'en effet l'arrêt de la cour d'Agen n'a été maintenu que comme ayant fait une juste application de l'art. 896 du Code civil.

Ce que cet arrêt n'avait jugé qu'implicitement, un arrêt plus récent l'a jugé de la manière la plus positive.

En 1787, le sieur Rumpter fait un testament par lequel il institue héritiers universels, les enfans du sieur Lapiante, ses neveux et nièces.

Il meurt en 1806, sans avoir renouvelé son testament.

Les héritiers *ab intestat* attaquent cette disposition, et soutiennent qu'elle a été annulée par les lois des 17 et 22 nivôse an 2, qu'elle est arrivée sous le Code civil dans cet état de nullité, que par conséquent le Code civil n'a pas pu la faire revivre.

Le premier juge accueille ce système et déclare le testament nul.

Mais sur l'appel, arrêt qui déclare le testament valable,

« Attendu qu'il est évident que le but des lois de l'an 2, était d'établir l'égalité des partages; que c'était pour y parvenir qu'elles ont prononcé la nullité des dispositions à cause de mort, à titre universel; qu'ainsi, dès que le Code civil ne prescrit plus cette égalité de partage, il a permis aux auteurs de ces dispositions, de donner les mêmes biens dont ils avaient disposé avant: c'était, non pas rétroagir, mais abroger les lois de l'an 2, et par-là, leur ôter tout effet, toute influence sur les successions testamentaires ouvertes depuis leur abolition, à quelque époque que les testamens aient été faits avant le Code, et ce, avec d'autant plus de raison que les lois doivent être plutôt restreintes qu'étendues, puisqu'elles s'écartaient du droit commun établi avant leur émission et depuis leur abrogation;

» Que le sieur Rumpter est censé avoir eu, en mourant sous l'empire du Code civil, la conviction que sa dernière volonté, que ce Code ne contrariait pas, était confirmée et serait exécutée; que, s'il eût pu avoir une autre intention, il l'eût manifestée, sans doute, en révoquant son testament; et que ne l'ayant pas fait, il est censé avoir renouvelé tous les jours de la vie, et ainsi avoir persévéré dans son intention première, jusqu'au moment de son décès ».

Recours en cassation de la part des héritiers *ab intestat*.

Mais, par arrêt du 23 novembre 1809,

« Attendu que l'art. 920 du Code civil abroge les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, autant qu'elles annulaient pour le tout les dispositions à titre universel, à la différence de la loi du 4 germinal an 8, laquelle se contente de modifier ces lois; ce qui écarte l'application de cette dernière loi, ainsi que des arrêts concernant les testamens ouverts sous son empire, et reporte aux principes généraux de la matière, attendu qu'il est de principe général, que pour décider de la validité et des effets d'un testament, il n'y a à consulter que la loi du temps de sa confection et celle du temps de son ouverture; et que, sous ce double rapport, la disposition universelle dont il s'agit, est valable;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

VIII. Dans la partie que je viens de transcrire du plaidoyer prononcé sur l'affaire de Rayet, j'ai dit que la loi du 4 germinal an 8 annulait, comme celle des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, les Institutions d'héritiers et généralement toutes les dispositions universelles qui excédaient la portion disponible. Cette assertion a été depuis remise en question; voici dans quelle espèce.

Marie-Charlotte Lamothe-Disant, fille uni-

que du premier mariage de Joseph-Gabriel Lamothe-Disant, avait seule succédé à Félice Lambès, sa mère.

Celle-ci avait grevé la majeure partie de ses biens d'une substitution fidéicommissaire au profit de Jean-François Lamothe-Lupiac, dans le cas où sa fille ne se marierait pas.

Mais la loi du 14 novembre 1792, en abolissant les substitutions qui ne se trouvaient pas encore ouvertes, avait consolidé sur la tête de Marie-Charlotte, la propriété incommutable des biens substitués.

Le 29 prairial an 6, Marie-Charlotte fait un testament mystique, dont l'acte de suscription est dressé par le notaire Vidal.

Par ce testament, elle lègue, à titre de légitime, au sieur Lamothe-Disant, son père, une pension annuelle et viagère de 2600 francs. Ensuite, et après avoir déclaré que la majeure partie de ses biens est grevée de substitution au profit du sieur Lamothe-Lupiac, la testatrice s'exprime ainsi :

« Si les substitutions sont en vigueur à l'époque de ma mort, et si J. F. J. Lamothe-Lupiac recueille celle d'après laquelle mes biens sont grevés en sa faveur, en ce cas, j'institue en tous mes biens libres propres et particuliers, Mathieu Lamothe, fils aîné dudit J. F. J. Lamothe-Lupiac; et je charge ledit Mathieu Lamothe, mon héritier, de payer et acquitter, sur les biens qui lui reviendront de mon hérédité, 20,000 francs à Louis Lamothe, son frère; pareille somme de 20,000 francs à Charlotte Lamothe, sa sœur ma filleule; 10,000 francs à Jean-Marie Soubiran-Lamaguere; pareille somme de 10,000 francs à Charlotte Soubiran-Lamaguere; et pareille somme encore de 10,000 francs à Joseph Soubiran-Lamaguere, ces trois derniers frères et sœur; 500 francs que j'ai légués à Magdelaine Puymasson; 100 francs à ma femme de chambre, et 4000 francs à Jean-Joseph Berger, auxquels susnommés, je fais don et legs desdites sommes.

» Et dans le cas où, à l'époque de sa mort, les substitutions seraient éteintes et supprimées, et que J. F. J. Lamothe-Lupiac serait empêché de recueillir celles dont mes biens sont grevés en sa faveur, *j'institue, en ce cas, mon héritier général et universel, ledit J. F. J. Lamothe-Lupiac*, à la charge par lui de payer tous les legs contenus dans mon présent testament, et de plus, 20,000 francs que je lègue à Mathieu Lamothe, son fils aîné, l'Institution que j'ai faite ci-dessus en faveur dudit Mathieu Lamothe, demeurant pour non avenue, toutes les fois que, demeurant la suppression des substitutions, J. F. J. Lamothe-Lupiac, son père, recueillera l'universalité des biens en vertu de l'Institution que j'ai faite en sa faveur ».

Quelque temps après, meurt Mathieu Lamothe, qui, par ce testament, était appelé à recueillir les biens libres de la testatrice dans l'hypothèse où, lors du décès de cette dernière, les substitutions se trouveraient rétablies.

Le 1er. jour complémentaire an 9, Marie-Charlotte Lamothe-Disant fait un second testament par lequel, après avoir fait plusieurs legs, elle s'exprime en ces termes :

« Je déclare, de plus, qu'étant instruite que l'héritier général que j'avais institué par mon testament suscrit par Vidal, notaire, est décédé, j'institue, par le présent, mon héritier général et universel, Louis Lamothe, en tous et chacun mes biens présens et à venir, meubles, et immeubles, noms, voix, droits, raisons et actions, pour, par lui, faire et disposer de tout après ma mort, ainsi et de la manière qu'il avisera.

» Et d'autant que, par mondit testament suscrit par Vidal, je léguais audit Louis Lamothe la somme de 20,000 francs, je veux que ladite somme de 20,000 francs tourne au profit de Paulin Lamothe, auquel je la lègue par le présent. Je veux que le testament que j'ai déjà fait, et qui a été suscrit par Vidal, sorte son plein et entier effet en tout ce qui n'y a pas été dérogé par le présent ».

Le lendemain, décès de Marie-Charlotte, laissant pour ses héritiers naturels et légitimes, dans la ligne paternelle, Françoise-Victoire Lamothe-Disant, sa sœur consanguine (fille unique du second mariage de Joseph-Gabriel Lamothe-Disant, avec la dame Puybusque); et dans la ligne maternelle, trois branches de parens, composées, 1°. du sieur Lamothe-Disant, son père; 2°. de J. F. J. Lamothe-Lupiac (héritier universel institué); Colombe Lamothe, femme Duchen; Marie-Anne, Françoise et Paul Lamothe, frère et sœurs; 3°. de Louis, Anne, Catherine et Félice Corel.

En frimaire an 10, Joseph-Gabriel Lamothe-Disant, procédant tant en son propre nom que comme père et administrateur légal de Françoise-Victoire, cite devant le tribunal civil d'Auch tous les successibles de Marie-Charlotte, sa fille du premier lit, pour voir dire que la succession de celle-ci sera partagée en deux portions égales, dont l'une sera déclarée appartenir à Françoise-Victoire, sa fille du second lit, comme représentant seule la ligne paternelle, et l'au-

tre sera subdivisée entre les trois branches formant la ligne maternelle.

Le sieur Lamothe-Lupiac prétend que la disposition universelle faite en sa faveur, doit avoir son effet jusqu'à concurrence de la disponibilité déterminée par la loi du 4 germinal an 8, et qu'en conséquence, il doit prélever la moitié de la succession.

A cette prétention, le sieur Lamothe-Disant oppose les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, qui prohibent et annullent pour le tout les dispositions à titre universel.

En germinal an 11, décès du sieur Lamothe-Disant.

Françoise-Victoire, sa fille, accepte sa succession sous bénéfice d'inventaire; et l'instance est reprise avec elle sous l'assistance d'un curateur.

Le 4 messidor an 12, jugement qui, en maintenant, avec réduction à la quotité disponible, l'Institution universelle portée par le testament du 29 prairial an 6, et confirmée par celui du 2e. jour complémentaire an 9, adjuge au sieur Lamothe-Lupiac, la moitié de la succession, et « ordonne que » l'autre moitié sera ultérieurement divisée » en deux portions, donc l'une, qui sera le » quart du tout, cédera au profit de Fran- » çoise-Victoire Lamothe-Disant, comme » formant la ligne paternelle; et le quart » restant, destiné à la ligne maternelle, sera » subdivisé en trois parts égales, dont une » appartiendra à la même Françoise-Vic- » toire, comme représentant son père; une » autre au sieur Lamothe-Lupiac et à ses » quatre sœurs, et la troisième à la branche » Coret ».

Appel de ce jugement, en ce que les deux testamens n'ont pas été déclarés nuls pour le tout.

Et le 14 avril 1807, arrêt par lequel,

« Considérant que, d'après les art. 1er. et 16 de la loi du 17 nivôse, 47 de celle du 22 ventôse, et 33 de celle du 9 fructidor an 2, les Institutions universelles ou à titre universel excédant la quotité disponible, doivent être déclarées nulles pour le tout; que l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an 5, en faisant quelques exceptions dictées par des circonstances particulières, a laissé subsister, ou pour mieux dire, a confirmé la règle générale; que la disposition universelle de la demoiselle Charlotte Lamothe-Disant, en date du 29 prairial an 6, a été faite sous l'empire de ces lois; que la testatrice ne se trouvait dans le cas d'aucune des exceptions portées dans la loi du 18 pluviôse an 5; qu'ainsi donc cette disposition restait nulle pour le tout;

» Considérant qu'il résulte évidemment de la combinaison des dispositions de l'an 6, et de l'an 9, que le prédécès de Mathieu, dont la demoiselle Lamothe-Disant était instruite, fut le seul motif qui la détermina à faire un nouvel acte, pour transporter sur la tête de Louis la libéralité conditionnelle dont Mathieu ne pouvait plus profiter; qu'en substituant ainsi Louis à Mathieu par sa dernière disposition, Charlotte Lamothe-Disant a sans doute dérogé à la première, en ce qu'elle en a retiré le nom de Mathieu, et qu'elle a fait passer sur une autre tête le legs de 20,000 francs que la première disposition contenait en faveur de Louis; mais qu'on ne saurait voir aucun changement dans la volonté de Charlotte, par rapport à l'Institution faite au profit de Jean-François-Joseph Lamothe, telle qu'elle est portée dans les dispositions de l'an 6, puisque Charlotte Lamothe-Disant se réfère à la première disposition, et la confirme expressément en tout ce qu'il n'était pas dans son intention de réformer; que, d'un autre côté, la disposition de l'an 9 ne peut être considérée, soit d'après les expressions, soit d'après la volonté présumée de Charlotte Disant, soit enfin d'après les principes du droit en cette matière, que comme un codicille qui se référait à un testament antérieur; et qu'il est de maxime certaine que les dispositions et les conditions portées par un testament, sont censées répétées dans le codicille postérieur qui s'y rapporte, lorsque ce codicille n'y déroge pas expressément; qu'ainsi, la disposition de l'an 9, au lieu d'abroger l'Institution faite au profit de J. F. J. Lamothe par le testament de l'an 6, la confirme expressément;

» Considérant qu'il suit de la solution donnée à la seconde, que J. F. J. Lamothe a qualité pour s'aider de la disposition de l'an 9, quoiqu'il n'y soit pas nommé, parcequ'on doit présumer que l'Institution à son profit y est répétée;

» Considérant qu'aux termes des lois antérieures à celle du 4 germinal an 8, la disposition dont s'agit aurait été incontestablement nulle pour le tout, comme contenant titre universel et excédant la quotité disponible; que par conséquent elle doit avoir encore le même sort, à moins que cette loi n'ait introduit un droit nouveau, et rendu les dispositions dont s'agit, simplement réductibles; que cette loi n'a fait, suivant le langage de l'orateur du tribunat, dans la séance du 26 germinal an 11, que donner plus d'étendue à la faculté

de disposer, mais qu'elle n'a rien prononcé sur la nullité dont les lois antérieures avaient frappé les dispositions excessives; que cependant il ne serait pas raisonnable de supposer que, si le législateur avait eu l'intention de faire un droit nouveau sur un point de législation consacré par une foule de lois récentes et successives, il eût manqué de la déclarer nettement, ainsi que l'ont fait les auteurs du Code civil; que, loin de trouver cette déclaration dans la loi de germinal, on est forcé d'y reconnaître une intention toute contraire par la manière dont les art. 1er. et 3 sont conçus; qu'en effet, en déclarant valables les dispositions y mentionnées, lorsqu'elles n'excèdent pas une certaine quotité, ces articles, par la raison des contraires, déclarent non valables les dispositions excédantes; qu'ainsi, sans forcer le raisonnement, on pourrait prétendre qu'aux seuls termes de la loi de germinal, et sans aucuns recours aux lois antérieures, les dispositions de la nature de celles dont s'agit, sont frappées de nullité; mais que, même en abandonnant cette conséquence, fondée sur des maximes triviales de droit, il reste toujours évidemment vrai que la loi de germinal n'a pas fait un droit nouveau quant à la peine de nullité prononcée par les lois antérieures contre les dispositions excessives, et non réduites à la quotité disponible, ce qui suffit pour décider la question; que c'est en vain qu'on voudrait s'étayer de l'abrogation portée en l'art. 6 de la loi de germinal; qu'il est de principe qu'une loi n'abroge que les lois contraires, et que l'art. 6 dont s'agit le dit expressément; qu'ainsi, ayant été reconnu plus haut que la loi de germinal ne contient aucune disposition qui efface la nullité prononcée par les lois antérieures dans le cas dont s'agit, il faut reconnaître que cette peine n'est point abrogée par la disposition générale de l'art. 6, et qu'elle se trouve plutôt implicitement confirmée; d'où il suit que les lois antérieures ont conservé sur ce point toute leur force jusqu'à la publication de la partie du Code civil qui autorise la réduction; et que par une conséquence nécessaire, la disposition dont s'agit doit être déclarée nulle pour le tout, et non simplement réductible;

» Par ces motifs, la cour (d'appel d'Agen), faisant droit sur l'appel du jugement rendu par le tribunal d'arrondissement d'Auch, du 14 messidor an 12, en ce seulement que, sans s'arrêter à la demande en nullité des dispositions de Marie-Charlotte Lamothe-Disant, des 29 prairial an 6 et 1er. jour complémentaire an 9, il ordonne qu'en procédant au partage de la succession de ladite Marie-Charlotte Lamothe-Disant, cette succession sera divisée en deux portions égales, dont l'une cédera en entier au profit de J. F. J. Lamothe-Lupiac, et qu'il aura sur l'autre moitié une part comme co-successible dans la ligne maternelle; réformant et faisant ce que le tribunal d'Auch devait faire, déclare nulles pour le tout les Institutions générales faites par Marie-Charlotte Lamothe-Disant, dans son testament du 29 prairial an 6, et qu'elle a voulu confirmer par celui du 1er. jour complémentaire an 9, en faveur de J. F. J. Lamothe-Lupiac, père, qui reste aussi annulé; relaxe les appelans des demandes, fins et conclusions dudit sieur Lamothe-Lupiac; en conséquence, ordonne que tout le surplus des dispositions du jugement du 4 messidor seront exécutées; ce faisant, que le partage des biens de ladite Marie-Charlotte Lamothe-Disant sera fait pour le tout, ainsi qu'il avait été ordonné par le jugement dont est appel, pour la moitié; comme aussi que, par des experts convenus ou pris d'autorité de la cour, il sera procédé au susdit partage; condamne ledit Lamothe-Lupiac aux dépens envers toutes les parties.... »

Le sieur Lamothe-Lupiac s'est pourvu en cassation contre cet arrêt; et son recours ayant été admis le 3 mars 1808, il a cité devant la section civile, 1°. le curateur de la demoiselle Lamothe-Disant; 2°. le sieur Coret et les autres parens maternels du même nom.

L'affaire portée à l'audience de la section civile, la demoiselle Lamothe-Disant est venue demander qu'à son égard, le sieur Lamothe-Lupiac fût déclaré déchu de son recours en cassation;

1°. Parce qu'au moment où la signification en avait été faite à son prétendu curateur, elle avait, depuis plus d'un an, atteint sa majorité, et que conséquemment son ci-devant curateur n'avait plus aucune qualité pour être cité en son nom;

2°. Parceque, quand même son ci-devant curateur eût encore été en fonctions à cette époque, le sieur Lamothe-Lupiac n'aurait pas rempli, en le citant, l'obligation qui lui était imposée par le règlement de 1738, de signifier l'arrêt d'admission, dans les trois mois de sa date, à la partie au profit de laquelle avait été rendu l'arrêt attaqué; qu'il aurait fallu, dans cette hypothèse, qu'il citât à la fois et la demoiselle Lamothe-Disant et son curateur.

Les sieurs Coret et consorts ont défendu au fond, et ont soutenu que l'arrêt de la cour d'appel d'Agen devait être maintenu.

« Deux questions (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 26 juin 1809) appellent,

dans cette affaire, l'attention de la cour. Le sieur Lamothe-Lupiac doit-il être déclaré déchu de son recours en cassation, à l'égard de la demoiselle Lamothe-Disant? L'arrêt attaqué doit-il être cassé ou maintenu à l'égard des sieurs Coret et consorts?

» La déchéance à laquelle conclud la demoiselle Lamothe-Disant, doit en effet être prononcée sans la moindre hésitation, si le sieur Lamothe-Lupiac ne lui a pas fait signifier, dans les trois mois de sa date, l'arrêt d'admission qu'il a obtenu à la section des requêtes, le 3 mars 1808. L'art. 30 du tit. 4 de la première partie du règlement de 1738 est là-dessus très-formel.

» La question de déchéance se réduit donc à ce seul point : l'arrêt d'admission a-t-il été signifié à la demoiselle Lamothe-Disant dans les trois mois de sa date?

» Il ne lui a été signifié personnellement, ni dans les trois mois, ni depuis. Mais il l'a été dans les trois mois au sieur Batbie, qualifié de *curateur de la demoiselle Lamothe-Disant;* et il s'agit de savoir si cette signification doit être considérée comme faite à la demoiselle Lamothe-Disant elle-même.

» La demoiselle Lamothe-Disant soutient la négative, et la fonde sur deux raisons : premièrement (dit-elle), j'étais majeure à l'époque de cette signification; le sieur Batbie n'était donc plus mon curateur. En second lieu, le sieur Batbie eût-il encore été mon curateur à cette époque, il ne suffisait pas qu'il fût cité, pour que je fusse censée l'être moi-même. Mineure hors de tutelle, j'aurais dû être citée moi-même conjointement avec lui.

» La première de ces raisons paraît, au premier coup d'œil, sans réplique. D'une part, la demoiselle Lamothe-Disant prouve, par son acte de naissance, que, dans le fait, elle est née à Toulouse le 12 mars 1786, et que par conséquent elle a atteint sa majorité le 12 mars 1807; de l'autre, il est constant, en droit, que les fonctions du curateur cessent de plein droit à la majorité du mineur à qui le curateur a été nommé.

» Cependant il y a, dans cette affaire, une circonstance qui nous semble devoir écarter ce premier moyen de la demoiselle Lamothe-Disant : c'est que l'arrêt attaqué est d'une date postérieure à l'époque où la demoiselle Lamothe-Disant a atteint sa majorité, et que néanmoins la demoiselle Lamothe-Disant y figure comme mineure, assistée du sieur Batbie, son curateur.

» En prenant la qualité de mineure dans cet arrêt, en y paraissant assistée d'un curateur, la demoiselle Lamothe-Disant a induit son adversaire à croire qu'en effet elle était encore en minorité, qu'en effet elle avait encore besoin, pour plaider, de l'assistance d'un défenseur légal; et la bonne foi ne permet pas qu'après l'avoir entraîné elle-même dans cette erreur, elle se fasse, de cette erreur, une arme pour détruire la signification qu'il a faite au sieur Batbie.

» Une autre circonstance nous affermit encore dans cette idée : c'est que la demoiselle Lamothe-Disant a plaidé devant la cour d'appel d'Agen, sous les prénoms de *Françoise-Victoire,* tandis que son acte de naissance lui assigne ceux de *Marie-Antoinette-Jacquette.* Assurément, il n'était pas possible au sieur Lamothe-Lupiac de deviner une pareille interversion dans les prénoms de la demoiselle Lamothe-Disant. En vain donc aurait-il consulté les registres de l'état civil pour s'assurer de son âge, ces registres ne lui auraient rien appris.

» Il est vrai que la demoiselle Lamothe-Disant, en lui faisant signifier l'arrêt de la cour d'appel d'Agen, avait repris ses vrais noms, et lui avait même fait donner copie de son acte de naissance. Mais il a pu croire que cette signification ne lui était pas faite par la partie avec laquelle il avait plaidé; il a pu croire qu'elle avait été faite par une demoiselle Lamothe-Disant qui n'avait rien de commun avec celle qu'il avait eue pour adversaire devant la cour d'appel d'Agen; et il a pu le croire avec d'autant plus d'apparence de raison, que rien, dans cette signification, n'indiquait la moindre connexité entre Marie-Antoinette-Jacquette Lamothe-Disant qui la lui faisait faire, et Françoise-Victoire Lamothe-Disant, avec laquelle il avait plaidé.

» Il est vrai encore que, depuis cette signification, la demoiselle Lamothe-Disant a fait constater authentiquement par des actes de notoriété homologués en justice, qu'elle était, sous les prénoms de *Françoise-Victoire,* la même personne qui avait été inscrite, sur les registres de l'état civil, sous les prénoms de *Marie-Antoinette-Jacquette.* Mais à quelle époque l'a-t-elle fait? Le 14 février 1809, c'est-à-dire, long-temps après la signification que le sieur Lamothe-Lupiac avait faite de son arrêt d'admission au sieur Batbie, long-temps après l'expiration du délai dans lequel cette signification avait dû être faite. Le sieur Lamothe-Lupiac n'avait donc, au moment où il a fait cette signification, aucun moyen de sortir de l'erreur dans laquelle la demoiselle Lamothe-Disant l'avait induit, en plaidant, devant la cour d'appel d'Agen, comme mineure. Cette signification ne peut donc pas

être annulée sous le prétexte qu'au moment où elle a été faite, la demoiselle Lamothe-Disant était parvenue à l'âge de majorité.

» Mais, de ce qu'au moment où il a fait cette signification, le sieur Lamothe-Lupiac a pu et dû considérer la demoiselle Lamothe-Disant comme mineure; de ce qu'il a pu et dû lui faire cette signification comme si elle eût encore été en minorité, s'ensuit-il que cette signification est régulière?

» Elle le serait, sans doute, si le sieur Lamothe-Lupiac l'eût faite, tant à la demoiselle Lamothe-Disant qu'à son curateur. Mais ce n'est pas ainsi qu'a procédé le sieur Lamothe-Lupiac, il n'a fait cette signification qu'au curateur, il ne l'a point faite à la demoiselle Lamothe-Disant. Et de là, le second moyen que la demoiselle Lamothe-Disant emploie pour la faire annuler.

» Pour apprécier ce moyen, nous devons d'abord nous fixer sur l'état dans lequel la demoiselle Lamothe-Disant s'était elle-même supposée par les qualités qu'elle avait prises devant la cour d'appel d'Agen.

» La demoiselle Lamothe-Disant avait paru devant cette cour, non pas précisément comme mineure émancipée, mais, ce qui revient au même, comme mineure parvenue à l'âge de puberté, et par conséquent affranchie de toute espèce de tutelle. Voilà pourquoi, au lieu de plaider sous le nom et par le ministère d'un tuteur, elle avait plaidé en son nom personnel, mais assistée d'un curateur.

» Ce curateur aurait-il pu plaider seul pour elle? Aurait-il pu, si elle n'avait pas figuré en son propre nom dans la cause, être admis à la défendre? Non, ni les lois romaines ni le Code civil ne le lui auraient permis. La loi 2, C. *qui legitimam personam standi in judicio habeant*, dit expressément que les mineurs hors de tutelle doivent agir et se défendre eux-mêmes, assistés de leurs curateurs: *Adultus, curatore consentiente, litem et intendere et accipere debet.* Et l'art. 482 du Code civil porte également que le mineur émancipé *ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre sans l'assistance de son curateur.*

» Mais si le curateur de la demoiselle Lamothe-Disant n'avait pas pu plaider seul pour elle devant la cour d'Agen, il est clair qu'il ne le peut pas davantage devant la cour de cassation. Il est clair qu'il ne peut pas avoir, pour défendre un arrêt, un pouvoir qu'il n'avait pas pour le provoquer.

» Il était donc, pour le sieur Lamothe-Lupiac, d'une nécessité indispensable de citer la demoiselle Lamothe-Disant devant la cour de cassation. Le sieur Lamothe-Lupiac ne pouvait donc pas se borner à citer, devant la cour de cassation, le curateur de la demoiselle Lamothe-Disant; il a donc, en s'y bornant, enfreint l'une des premières règles de l'ordre judiciaire; et son infraction est d'autant moins excusable, qu'il était averti littéralement, par son arrêt d'admission, que c'était la demoiselle Lamothe-Disant elle-même qu'il devait citer?

» Si la demoiselle Lamothe-Disant eût été mariée au moment de la signification de cet arrêt, aurait-il suffi de citer son mari? Non certainement. Son mari eût dû être cité, sans doute, pour l'autoriser à ester en jugement. Mais il eût fallu la citer elle-même, parce qu'un mari ne peut pas, sans la présence de sa femme, exercer les actions immobilières qui lui appartiennent. Eh bien! Il en est d'un mineur hors de tutelle comme d'une femme mariée; et de même qu'une femme mariée doit être citée en son propre nom, lorsqu'il s'agit de ses droits immobiliers, de même aussi un mineur hors de tutelle doit être cité en son nom personnel, lorsque, s'agissant de ses droits immobiliers, il a besoin, soit pour agir, soit pour défendre, de l'assistance d'un curateur.

» La demoiselle Lamothe-Disant est donc bien fondée à conclure, comme elle le fait, à la déchéance du recours du sieur Lamothe-Lupiac en ce qui la concerne.

» Mais reste notre seconde question: l'arrêt attaqué par le sieur Lamothe-Lupiac doit-il être cassé en ce qui concerne les sieurs Coret et consorts, ou doit-il être maintenu à l'égard de ceux-ci par le mérite du fond, comme il doit nécessairement l'être à l'égard de la demoiselle Lamothe-Disant par la forme?

» Vous connaissez, messieurs, les moyens de cassation du sieur Lamothe-Lupiac: fausse application des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, violation de la loi du 4 germinal an 8: tels sont les reproches qu'il fait à l'arrêt qu'il vous dénonce.

» En soutenant que les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 ont été faussement appliquées aux testamens dont il s'agit, le sieur Lamothe-Lupiac reconnaît assez que les testamens dont il s'agit, auraient dû être déclarés nuls d'après ces lois, si la testatrice était morte sous l'empire absolu de ces lois mêmes, ou si, étant morte sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, elle n'avait pas, par un deuxième testament, postérieur à la promul-

gation de celle-ci, confirmé ses précédentes dispositions de dernière volonté.

» Et en effet, ce n'est plus une question de savoir si, en déclarant nulles pour le tout les Institutions universelles faites avant leur promulgation, mais ouvertes seulement depuis, les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 avaient entendu annuler de même les Institutions universelles qui ne seraient faites qu'après leur promulgation. Il y a long-temps que l'affirmative est consacrée par vos arrêts.

» Le 29 messidor an 4, Pierre Rostagny fait un testament par lequel il institue Jacques Seletty son héritier universel. Il meurt l'année suivante. Seletty se met en possession de tous ses biens. Les héritiers *ab intestat* l'assignent en délaissement devant le tribunal civil du département des Alpes maritimes, et demandent que son Institution soit déclarée nulle.

» Le 15 vendémiaire an 6, jugement qui annulle en effet l'Institution d'héritier, et condamne Seletty à désemparer. Seletty en appelle au tribunal civil du Var.

» Le 11 pluviôse an 7, ce tribunal dit qu'il a été bien jugé.

» Seletty revient devant le tribunal de première instance, et conclud à ce qu'il lui soit permis de retenir le sixième dont la loi du 17 nivôse an 2 autorisait le défunt à disposer en sa faveur. Jugement qui lui accorde cette retenue. Mais sur l'appel, la cour d'Aix réforme ce jugement, « attendu qu'aux termes » de l'art. 47 du décret du 22 ventôse an 2 et » de l'art. 4 de la loi du 18 pluviôse an 5, » l'Institution était nulle pour le tout ».

» Seletty se pourvoit en cassation, et soutient que le testateur lui a nécessairement donné le sixième de ses biens, par cela seul qu'il l'a institué son héritier universel; que c'est la conséquence inévitable de la maxime, *le moins est renfermé dans le plus;* qu'ainsi, en lui refusant la retenue de ce sixième, la cour d'Aix a violé la loi du 17 nivôse an 2; qu'à la vérité, cette loi annulle pour le tout les Institutions d'héritier faites avant le 5 brumaire précédent, par des testateurs qui ont survécu à sa promulgation; mais que l'on ne peut pas étendre cette disposition de rigueur aux Institutions d'héritier faites postérieurement à la promulgation même de cette loi.

» Par arrêt du 21 floréal an 11, au rapport de M. Riolz; « considérant que le motif » du jugement attaqué, fondé sur l'art. 47 » du décret du 22 ventôse an 2, est solide; » qu'en effet, il serait absurde de supposer » que les dispositions universelles que ce » décret a ordonné de refaire, sous peine de » nullité absolue, auraient pu, sans être soumises à la même peine, être refaites de la » même manière; et que cependant cette » conséquence résulterait nécessairement de » la prétention de Seletty; le tribunal rejette le pourvoi.... ».

» Le 18 germinal an 2, la dame Hossard institue Thérèse Torffs héritière universelle de tous ses biens meubles. Elle meurt le 29 fructidor an 9, laissant pour héritière légitime la dame Rusette, sa nièce. Celle-ci attaque le testament, et obtient un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui, sans avoir égard aux conclusions de Thérèse Torffs, à ce que l'Institution soit exécutée jusqu'à la concurrence de la quotité disponible, déclare cette Institution nulle pour le tout. Recours en cassation de la part de Thérèse Torffs. Par arrêt du 19 thermidor an 12, au rapport de M. Gandon, « considérant que l'Institution de » Thérèse Torffs était à titre universel, ainsi » que l'exprime le testament; que la veuve » Hossard était autorisée par la coutume du » Hainaut, à laquelle elle était soumise alors, » à disposer de tout son mobilier; qu'il est » évident que son intention, en testant, fut » d'user dans toute son étendue, de la faculté » qui lui appartenait; que l'Institution dans » une universalité de mobilier, est un titre » universel, ainsi que le décide l'art. 48 de la » loi du 22 ventôse an 2; et qu'ainsi, cette » disposition était annulée par les lois de » nivôse et de ventôse an 2; que peu importe » que le testament de la veuve Hossart eût » été fait au mois de germinal an 2, postérieurement à ces lois; qu'en effet, il n'est » pas possible de prétendre que ces lois aient » permis, le lendemain de leur publication, » les dispositions universelles qu'elles avaient » cru devoir annuler dans tous les testamens où elles existaient; la cour rejette le » pourvoi.... ».

» Il est donc bien clair, il est d'ailleurs reconnu par le demandeur lui-même, que les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 auraient été justement appliquées aux testamens de la demoiselle Lamothe-Disant, si la demoiselle Lamothe-Disant, quoique morte sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, n'avait testé que sous l'empire des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2.

» Mais de là même il résulte que, pour établir la fausse application de ces lois aux testamens de la demoiselle Lamothe-Disant, il faut prouver que ces lois, en tant qu'elles déclaraient nulles pour le tout les disposi-

tions à titre universel qui excédaient la portion disponible, avaient été abrogées par la loi du 4 germinal an 8. Et cette conséquence en amène naturellement une autre : c'est que soutenir que les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 ont été faussement appliquées aux testamens de la demoiselle Lamothe-Disant, et soutenir qu'en les appliquant à ces testamens, la cour d'appel d'Agen a violé la loi du 4 germinal an 8, c'est pour le demandeur absolument la même chose : c'est que le deuxième moyen de cassation du demandeur se confond et s'identifie absolument avec le premier.

» Examinons donc s'il est vrai que la loi du 4 germinal an 8 avait abrogé les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, en tant qu'elles annulaient pour le tout les dispositions à titre universel qui portaient atteinte aux réserves légales des héritiers.

» C'est un principe fondé sur la raison, et consigné textuellement dans le droit romain, que toute loi nouvelle est censée se référer aux lois précédentes, dans tous les points sur lesquels elle ne dispose pas en sens contraire à celles-ci; que les dispositions des lois précédentes qui ne contrarient pas la loi nouvelle, sont censées se retrouver dans la loi nouvelle elle-même, et qu'elles doivent y être sous-entendues. *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint,* dit la loi 28, D. *de legibus.*

» D'après ce principe, qu'avons-nous à faire pour résoudre la question que nous venons de proposer? Rien autre chose que comparer la loi du 4 germinal an 8 avec celles des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, et saisir les différences qui les distinguent.

» La loi du 4 germinal an 8 diffère des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, en trois points : 1°. elle agrandit le cercle de la disponibilité, à l'égard des donateurs et testateurs qui laissent des parens jusqu'aux degrés de cousins issus de germains inclusivement; 2°. elle permet aux donateurs et testateurs qui ne laissent de parens que dans un degré plus éloigné, d'épuiser tous leurs biens en dispositions à titre gratuit; 3°. elle déclare les successibles habiles à recevoir les libéralités qu'elle autorise.

» Sur ces trois points, elle est contraire aux lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2; mais elle ne l'est que sur ces trois points : c'est donc à ces trois points seulement que l'on doit rapporter son dernier article : *Toutes lois contraires à la présente sont abrogées.*

» Or, par ce qu'elle dit sur ces trois points, contrarie-t-elle les articles des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 qui annullent les dispositions universelles? Oui, pour les donateurs et testateurs qui ne laissent de parens que dans un degré ultérieur à celui des cousins issus de germains; non, pour les autres.

» Donc, pour les donateurs et testateurs qui laissent des parens dans des degrés plus proches, la loi du 4 germinal an 8 n'abroge pas les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2; donc ces donateurs et testateurs restent soumis à la nullité que prononcent ces lois, de toute disposition à titre universel qui excèdent les quotités disponibles; donc la demoiselle Lamothe-Disant, qui laissait un père, une sœur et des cousins-germains, ne pouvait pas, à peine de nullité, disposer, au préjudice de son père et de sa sœur, au-delà de la moitié de ses biens; ni au préjudice de ses cousins-germains, au-delà des trois quarts; donc, en disposant de l'universalité de ses biens par une Institution d'héritier, la demoiselle Lamothe-Disant a fait un acte dont les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 commandent l'annulation pour le tout.

» A ce raisonnement si simple, si tranchant, si propre à justifier l'arrêt de la cour d'appel d'Agen, qu'oppose-t-on de la part du demandeur? Rien qui puisse résister au choc d'une discussion sérieuse.

» Le demandeur argumente d'après la loi du 4 germinal an 8, comme si elle était isolée, comme si elle ne se rattachait pas à celles des 17 nivôse et 22 ventôse an 2; et il faut convenir que, dans cette supposition, la cour d'appel d'Agen aurait mal jugé : car en thèse générale, et abstraction faite des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, il est certain qu'une disposition gratuite n'est pas nulle par cela seul qu'elle est excessive, et qu'elle doit seulement être réduite. Mais cette maxime de l'ancien droit, que l'on retrouve encore dans le Code civil, a souffert, dans notre législation, une éclipse momentanée, du moins pour les dispositions à titre universel; et c'est durant cette éclipse que la demoiselle Lamothe-Disant a testé; c'est durant cette éclipse qu'elle est morte.

» Nous disons, *du moins pour les dispositions à titre universel :* car pour les dispositions à titre particulier, la loi du 17 nivôse an 2 elle-même non-seulement ne dérogeait pas à la maxime de la réductibilité, mais la consacrait en termes exprès : *Dans tous les cas ci-dessus* (disait-elle, art. 39, après avoir passé en revue tous les cas rela-

tifs aux donations et aux legs à titre particulier), *si les avantages excèdent la somme à laquelle ils peuvent légalement s'élever, ils y seront réduits.* Et par-là tombent, pour ainsi dire d'eux-mêmes, deux argumens qui ont été employés à l'appui du recours du demandeur.

» Voici le premier de ces argumens :

» Un particulier jouissant d'une fortune de 100,000 francs, et n'ayant qu'un enfant, a fait, sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, un testament par lequel, usant du pouvoir que lui conférait cette loi, de disposer du quart de son bien, il a légué 25,000 francs à un étranger. A sa mort, arrivée pendant que cette loi était encore en vigueur, il ne s'est trouvé dans sa succession que 30,000 francs. Que devient son legs? Sans doute, il ne pourra pas être exécuté dans toute son étendue, parcequ'il excède de beaucoup la portion disponible; mais il subsistera jusqu'à la concurrence de cette portion, et il vaudra du moins pour la somme de 7,500 francs, qui forme le quart des biens que le testateur a laissés. Pourquoi donc n'en serait-il pas de même de l'Institution d'héritier dont il est ici question?

» Pourquoi? parcequ'il y a, entre les deux espèces, une très-grande différence; parceque, dans l'une, il s'agit d'un legs particulier; au lieu que, dans l'autre, il s'agit d'une disposition universelle; parceque la loi du 17 nivôse an 2 annulait pour le tout les dispositions universelles, au lieu qu'elle laissait subsister les donations et les legs à titre particulier, jusqu'à la concurrence de la portion disponible; parcequ'à l'exemple des coutumes de Vitry, de Meaux et de Chaumont (qui, en prohibant les Institutions testamentaires d'héritiers, ne permettaient pas même qu'elles fussent exécutées comme legs, ainsi que l'ont jugé deux arrêts solennels du parlement de Paris, l'un prononcé en robes rouges, à Pâques 1567, l'autre du 30 août 1658), la loi du 17 nivôse an 2 avait pris les dispositions universelles dans une aversion qui ne lui avait pas permis de leur laisser même l'effet qu'elles auraient pu produire, si elles avaient été conçues dans la forme de libéralités particulières.

» Le second argument offre le même sophisme que le premier.

» Sous l'empire de la loi du 4 germinal an 8, a-t-on dit, si un testateur, possédant un domaine qui composait les cinq sixièmes de sa fortune, le léguait à un étranger, au préjudice de ses enfans, ce legs n'était pas nul, il n'était que réductible. Pourquoi donc ne considérerait-on pas aussi comme valable, et seulement réductible, le legs qu'il aurait fait, non des cinq sixièmes, mais de la moitié de ses biens? *Non debet ei cui plus licet, quod minus est non licere.*

» La réponse est que le legs d'un domaine, quelque considérable qu'il soit, de quelque poids qu'il soit dans la balance de la fortune du testateur, n'est qu'un legs particulier; qu'à ce titre, il est expressément maintenu, sauf réduction, par l'art. 39 de la loi du 17 nivôse an 2; qu'au contraire, le legs de la moitié des biens, quoiqu'inférieur, par le fait ou par l'événement, au legs d'un corps certain, forme une disposition universelle; et qu'à ce titre, la loi du 17 nivôse an 2 l'annulle pour le tout; qu'en un mot, le testateur a fait ce qu'il n'a pas pu faire; et que ce qu'il aurait pu faire, il ne l'a pas fait.

» Remarquez d'ailleurs, messieurs, que ces deux argumens ont un vice qui leur est commun. En effet, l'un et l'autre prouvent trop : il en résulterait, s'ils étaient fondés, que, même avant la loi du 4 germinal an 8, et sous les pures lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, il n'y aurait pas eu de disposition universelle qui pût être annulée pour le tout : et assurément le texte de ces lois est trop clair, trop précis, pour que l'on puisse s'arrêter à des argumens, qui conduisent à une pareille conséquence.

» Mais, dit le demandeur, je trouve, dans la loi du 4 germinal an 8, une disposition qui est incompatible avec le système des lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2, et qui par conséquent l'abroge.

» Quelle est donc cette disposition? C'est celle qui veut que, dans le cas où, en ligne collatérale, le donateur ou testateur ne laisserait pas de parens au degré déterminé par l'art. 3, la donation ou le testament puisse épuiser la totalité de sa fortune; car il en résulte que toute donation universelle, toute Institution d'héritier, doit avoir son entier effet, si le donateur ou testateur ne laisse, à sa mort, aucun parent au degré déterminé par l'art. 3. Donc, tant que vit le donateur ou testateur, il est incertain si sa donation universelle, si son Institution d'héritier, ne pourra pas avoir son entier effet; donc la donation universelle, son Institution d'héritier, n'est pas nulle dans son principe; donc dans son principe, elle est valable; donc elle ne peut pas être annulée, mais seulement réduite, par la qualité des parens que le donateur ou testateur laisse à son décès.

» Ce raisonnement, qui paraît inspirer une grande confiance au demandeur, n'est pourtant qu'un paralogisme.

» Sans doute, de ce que l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 8 permettait au donateur ou testateur qui ne laissait point de parens au degré déterminé par l'art. 3, de disposer de l'universalité de son patrimoine, on peut bien conclure que celui qui, au moment où il faisait une donation universelle ou une Institution d'héritier, avait des parens dans un degré plus proche, était censé ne faire l'une et l'autre que conditionnellement, c'est-à-dire, pour le cas où il viendrait à mourir avant eux; et que, ce cas arrivant, sa disposition n'aurait pas pu être annulée, sous le prétexte qu'elle eût été, dans son principe, entachée du vice d'universalité.

» Mais vouloir en inférer que cette donation universelle, que cette Institution d'héritier, n'était pas, dans son principe, exposée à être déclarée nulle pour le tout, dans le cas où l'auteur de la disposition aurait laissé, à sa mort, des parens au degré déterminé par l'art. 3, c'est tirer de la loi du 4 germinal an 8 une conséquence qui n'est nullement dans son esprit; c'est lui faire dire ce qu'elle ne dit ni textuellement ni implicitement.

» L'art. 4 de la loi du 4 germinal an 8 ne fait, pour le cas où l'auteur d'une disposition universelle ne laisse point de parens au degré déterminé par l'art. 3, que ce que faisait l'art. 32 de la loi du 17 nivôse an 2, pour le cas où l'auteur d'une disposition universelle ne laisserait point de parens successibles.

» Or, de ce que l'art. 32 de celle-ci disait : *en cas que les dispositions aient été faites par un homme décédé sans parens, le donataire ou institué en conservera l'effet*, il ne s'ensuivait certainement pas que l'on ne dût pas annuler la disposition universelle d'un homme qui laissait à sa mort des parens successibles; il ne s'ensuivait certainement pas que cette disposition dût n'être que réduite, sous le prétexte qu'au moment où elle avait été faite, il était encore incertain si son auteur ne décéderait pas sans parens.

» Donc, par la même raison, de ce que l'art. 4 de la loi du 4 germinal an 8 fait valoir pour le tout les dispositions universelles de l'homme qui ne laisse, à sa mort, aucun parent au degré déterminé par l'art. 3, il ne s'ensuit pas que l'on ne doit pas annuler, que l'on ne doit que réduire les dispositions universelles, d'un homme qui, à sa mort, laisse des parens dans un degré plus proche.

» Voulons-nous, au surplus, une preuve authentique que les auteurs de la loi du 4 germinal an 8 l'avaient entendue dans ce sens? Écoutons M. Chabot, dans le rapport qu'il a fait au tribunat, le 26 germinal an 11, sur le projet de loi qui forme, aujourd'hui, dans le Code civil, le premier titre du liv. 3 : « le décret du 7 mars 1793 ne permit plus » de faire, dans la ligne directe, aucune » Institution d'héritier. Peu de temps après, » cette faculté fut aussi interdite, en ligne » collatérale, par la loi du 5 brumaire an 2. » La fameuse loi du 17 nivôse suivant adopta » le même système; elle autorisa cependant » à disposer du dixième de son bien en ligne » directe, et du sixième en ligne collatérale, » mais seulement en faveur des non-succes- » sibles. Ainsi, à compter de la publication » de ces lois, les Institutions testamentaires » et contractuelles ne furent plus permises, il » n'y eut plus que des héritiers légitimes et des » successions *ab intestat; et tel est encore aujourd'hui l'état de notre législation. La loi du 4 germinal an 8 n'a pas rétabli les Institutions d'héritiers; elle n'a fait que donner plus d'étendue à la faculté de disposer.* » Vous aurez donc à examiner, citoyens tribuns, en vous occupant de cette matière, » *s'il ne convient pas de rétablir les Institutions d'héritiers*, que l'expérience de plusieurs siècles avait consacrées ».

« Le demandeur est-il plus heureux dans l'application qu'il cherche à faire ici de l'arrêt de la cour du 28 janvier 1807?

« Dans l'espèce de cet arrêt, Charles-Théodore Diffuy, après avoir fait, le 20 août 1792, un testament par lequel le sieur Bémy était institué son héritier universel, en avait fait un autre, le 18 fructidor an 8, contenant, entre autre choses, cette disposition : *Déclarant au surplus, qu'il veut et entend que son acte de disposition dernière ait ses pleins et entiers effets* EN CONFORMITÉ DES LOIS, *entendant par cette de le faire ratifier autant que de besoin;* et il était mort avant la promulgation de la loi du 13 floréal an 11, formant le titre *des donations et testamens* du Code civil. Question de savoir si, par ce second testament, il avait réparé la nullité dont les lois des 17 nivôse et 22 ventôse an 2 avaient frappé le premier. Le 20 ventôse an 13, la cour d'appel de Liége juge que non, sur le fondement que la loi du 4 germinal an 8 n'a pas dérogé à l'art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2. Mais sur le recours en cassation du sieur Bémy, l'arrêt cité, *vu les art.* 3 *et* 6 *de la loi du* 4 *germinal an* 8; *attendu que Charles-Théodore Diffuy, en déclarant, par son testament public, du* 18 *fructidor an* 8, *qu'il voulait que son acte de disposition dernière eût ses pleins*

et entiers effets, EN CONFORMITÉ DES LOIS, *se référait nécessairement à celle du 4 germinal an 8, sous l'empire de laquelle il testait; et que, par-là, il avait suffisamment fait connaître que sa volonté était que sa disposition fût circonscrite dans les termes de cette loi; attendu qu'il s'ensuit qu'en annulant ledit testament, comme contenant une disposition prohibée par les lois antérieures, l'arrêt dénoncé a contrevenu aux articles ci-dessus de la loi du 4 germinal an 8, casse et annulle...*

» Vous le voyez, messieurs : cet arrêt, loin d'appuyer le système du demandeur, le détruit de fond en comble : il reconnait expressément que, sous la loi du 4 germinal an 8, il était, pour les testateurs, d'une nécessité indispensable de restreindre leurs dispositions à titre universel aux quotités disponibles, et que les testamens dans lesquels était exprimée l'intention de les étendre au delà, n'étaient pas réductibles, mais nuls; et il ne casse l'arrêt de la cour de Liége qui avait annulé l'Institution du sieur Bémy, que parceque le testateur Diffuy avait déclaré, en termes formels, qu'il voulait que cette Institution n'eût son effet qu'*en conformité* de la loi du 4 germinal an 8.

» Sans doute, il y aurait lieu de casser également l'arrêt de la cour d'Agen qui vous est en ce moment dénoncé, si, comme le sieur Diffuy, la demoiselle Lamothe-Disant avait, par son testament du 1er. jour complémentaire an 9, restreint aux quotités rendues disponibles par la loi du 4 germinal an 8, l'Institution d'héritier qu'elle avait faite le 29 prairial an 6. Mais, bien loin d'ordonner cette restriction par son testament du 1er. jour complémentaire an 9, la demoiselle Lamothe-Disant avait purement et simplement institué le demandeur *héritier général et universel en tous et chacuns ses biens présens et à venir, meubles et immeubles, noms, voix, droits, raisons et actions.*

» Ainsi, autant il était clair que la cour de Liége avait violé la loi du 4 germinal an 8, en déclarant nul le testament du sieur Diffuy, autant il est évident que la cour d'Agen, en annulant le testament de la demoiselle Lamothe-Disant, s'est conformée au véritable esprit de cette loi.

» Et, par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu, en ce qui concerne la demoiselle Lamothe-Disant, de déclarer le demandeur déchu de son recours en cassation; en ce qui concerne les sieurs Coret et consorts, de rejeter sa requête, et de le condamner à l'amende.

Par arrêt du 26 juin 1809, au rapport de M. Chasle,

« Vu l'art. 30 du tit. 4 de la première partie du règlement de 1738.....;

» Attendu que le demandeur n'a pas fait signifier l'arrêt d'admission du 30 mars 1808, à la demoiselle Lamothe-Disant; et que la signification qu'il en a fait faire au sieur Batbie, son ci-devant curateur, n'a pas pu le dispenser de le signifier à cette demoiselle, qui était personnellement partie principale et essentielle au procès;

» La cour, faisant droit sur l'intervention de Marie-Antoinette-Jacquette Lamothe-Disant, déclare le demandeur déchu, à son égard, de son pourvoi en cassation contre l'arrêt dudit jour 14 avril 1807, et le condamne en ses dépens, taxés à 60 francs;

» Faisant, au surplus, droit sur ledit pourvoi, relativement aux défendeurs, et sans qu'il soit besoin de statuer particulièrement sur les conclusions du sieur Batbie;

» Attendu, que l'Institution d'héritier universel faite par le testament du 29 prairial an 6, était nulle, d'après les lois de brumaire et nivôse an 2, parceque la testatrice avait des héritiers légitimes qui étaient appelés à sa succession; que cette Institution, nulle dans son principe, n'était même pas réductible à la quotité disponible, soit parceque la testatrice, qui vivait à cette époque, aurait dû refaire son testament, et réduire elle-même ses dispositions, aux termes de la loi, soit parcequ'elle ne pouvait pas avantager un de ses successibles, ainsi que s'en explique formellement l'art. 47 de la loi du 22 ventôse an 2;

» Attendu que, par le second testament ou codicille, du 1er. jour complémentaire an 9, la testatrice, qui avait la faculté, d'après la loi du 4 germinal an 8, de disposer d'une plus forte quotité de ses biens, que celle fixée par la loi de nivôse an 2, et qui pouvait faire cette disposition en faveur d'un de ses successibles, non-seulement n'a pas réduit sa disposition en faveur du demandeur, à la quotité déterminée par cette loi de germinal an 8, mais, loin d'en manifester l'intention, elle a au contraire déclaré expressément qu'elle voulait que toutes les dispositions de son premier testament fussent exécutées dans toute leur teneur, et qu'elle instituait Louis Lamothe pour son héritier général et universel, au lieu et place de Mathieu Lamothe, qui était décédé depuis le premier testament;

» Attendu que la loi du 4 germinal an 8 s'est bornée à augmenter les quotités disponibles; qu'elle a permis de faire des dispositions en faveur de successibles; qu'elle a dit que toutes

libéralités qui seraient faites, soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté, dans les formes légales, seraient valables, lorsqu'elles n'excéderaient pas les quotités disponibles; et qu'on ne peut induire d'aucune de ces dispositions, qu'elle ait abrogé les lois précédentes, et notamment l'art. 47 de celle du 22 ventôse an 2, en ce qu'elles prononçaient la nullité intégrale et la non-réductibilité des Institutions d'héritiers universels, qu'elles avaient prohibées;

» D'où il suit qu'en annulant, pour le tout, l'Institution universelle dont il s'agit, la cour d'appel d'Agen n'a ni faussement appliqué les lois de l'an 2, ni violé celle du 4 germinal an 8;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi.... »-]]

IX. Mais que serait-il arrivé dans l'espèce précédente, si la testatrice, au lieu de mourir sous la loi qui avait présidé à son testament et d'après laquelle l'Institution qu'elle y avait faite d'un héritier, devait être déclarée nulle pour le tout, était décédée sous le Code civil, d'après l'art. 920, duquel les dispositions même universelles qui excèdent la quotité disponible, doivent seulement être réduites à cette quotité? En d'autres termes, est-ce à la loi du temps de la confection d'un testament, ou est-ce à celle du temps du décès du testateur, qu'il faut s'attacher pour juger si, en instituant un héritier, le testateur a excédé son pouvoir, et par suite fait une disposition nulle?

Ce serait sans contredit la loi du temps où le testateur a disposé, qui devrait prévaloir, si l'Institution d'héritier n'était, dans un testament, qu'une formalité de l'emploi ou non emploi de laquelle dépendît la validité de cet acte. Mais on a vu plus haut, nos. 5 et 6, que tel n'est pas, à beaucoup près, son caractère; que, si, dans le droit romain, elle participe de la nature des pures formalités testamentaires, en ce sens que, lorsqu'elle est nulle ou omise, tout le testament croule, elle n'en tient pas moins immédiatement, même dans le droit romain, et à plus forte raison dans notre jurisprudence, à la disponibilité des biens. Or, de quelle loi dépend la question de savoir si des biens sont disponibles par testament et jusqu'à quelle concurrence ils le sont? C'est indubitablement de la loi, de la seule loi du temps du décès du testateur; et dès-là, nul doute qu'une Institution testamentaire d'héritier faite sous la loi du 17 nivôse an 2, mais dont l'auteur est décédé sous le Code civil, ne doive avoir tout son effet jusqu'à concurrence de la portion disponible. C'est ainsi qu'avant la loi du 17 nivôse an 2, une Institution d'héritier faite sous les coutumes de Vitry, de Chaumont et de Meaux, qui prohibaient cette manière de disposer, n'aurait pas laissé de valoir comme telle en pays de droit écrit, ou comme legs universel dans les autres pays coutumiers; car il en est nécessairement de la loi du temps comme de la loi du lieu; et si celle-ci ne peut pas régir hors de son territoire les effets d'une Institution d'héritier qui y a été faite, celle-là ne peut pas non plus régir les effets d'une Institution d'héritier faite sous son empire, mais ouverte sous celui d'une loi postérieure.

C'est ainsi au surplus que la question a été jugée dans l'espèce suivante.

Le 26 frimaire an 11, époque où était encore en vigueur la loi du 4 germinal an 8, qui laissait subsister la nullité prononcée par celle du 17 nivôse an 2, de toute disposition à titre universel excédant la quotité disponible, Antoine Faure fait un testament par lequel il institue la femme Pélissier, sa fille aînée, héritière universelle, et fait de simples legs aux femmes Vigier et Gorse, ses deux filles cadettes.

Il meurt le 30 thermidor suivant, trois mois après la promulgation du titre *des donations et testamens* du Code civil.

Le 28 août 1821, jugement qui, sur la demande des femmes Vigier et Gorse, annulle l'Institution d'héritier, et ordonne que la succession du père commun sera partagée en trois portions égales.

La femme Pélissier appelle de ce jugement à la cour royale de Limoges; et ses sœurs invoquent, pour le défendre, la règle de Caton *quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest.*

« Quoiqu'une disposition testamentaire (ajoutent-elles) soit faite pour être exécutée après le décès de son auteur, il n'en est pas moins vrai (et sa date certaine l'atteste) qu'elle est la volonté du moment où elle fut écrite; toutes les volontés tacites qui ont pu survenir jusqu'à la mort du testateur, se sont rapportées à la volonté première et au jour où elle fut légalement manifestée. Si l'instant de la mort est celui de l'effet de la disposition, l'instant où elle fut signée est celui de sa naissance. Or, en toutes choses, il existe une liaison entre le commencement et la fin. C'est en conséquence de ce principe qu'on dit que l'époque de la mort est censée celle du testament, quoique le testament soit antérieur. Mais alors il faut reconnaître aussi que ces deux époques se confondent; et il faut ad-

mettre encore que le vice qui frappe sur l'une, atteint l'autre nécessairement.

» Ce n'est pas pour rien qu'on a posé comme une règle fondamentale, que, pour juger de la validité des testamens, on doit s'attacher à l'instant de leur confection et à celui de leur ouverture. Nuls dans la forme ou pour défaut de capacité de leur auteur à la première époque, ils le sont à la seconde. Nuls dès le principe quant au fonds de leurs dispositions, ils doivent l'être aussi lorsqu'il ne s'agit plus que de les exécuter.

» Les arrêts de la cour de cassation, des 23 octobre 1809 et 18 janvier 1808, le premier rendu dans l'affaire Laquiante, le second dans l'affaire Pons Rayet, ont admis la validité des dispositions universelles antérieures aux lois intermédiaires et dont les auteurs étaient morts sous l'empire du Code civil. Mais sur quel motif reposent ces décisions? Sur le motif unique que les dispositions étaient valables *à l'époque où elles furent faites*, et à l'ouverture de la succession.

» La jurisprudence est donc constante sur ce point, qu'au fond une Institution testamentaire n'est valable qu'autant que les lois du moment de sa confection ne l'ont pas frappée de nullité.

» On ne peut donc se dispenser de prononcer la nullité de la disposition universelle contenue dans le testament d'Antoine Faure. Car, pour la déclarer valable, il ne s'agit de rien moins que de faire abstraction des lois sous l'empire desquelles la volonté du testateur fut conçue, manifestée et revêtue d'un caractère authentique. Il faut supprimer, en quelque sorte, l'une des deux époques qui doivent constamment servir de guide quand il s'agit de décider du sort d'un testament; le séparer de sa date, retremper ses dispositions dans une loi nouvelle, supposer à cet égard ce qu'il n'est rien moins que sûr qu'ait voulu faire le testateur. En un mot, il faut, de soi-même, effacer le vice originaire d'un acte, par cela seul que cet acte commence à être exécutoire sous une législation qui n'admet pas ce vice, mais dont le pouvoir ne s'étend point sur ce qui fut réglé avant elle ».

A ces raisonnemens la femme Pélissier en oppose d'autres que M. l'avocat général Guillibert adopte et reproduit en ces termes :

« Puisqu'il s'agit de juger de la validité et de l'effet d'une volonté dernière, il faut rappeler que cette volonté est unilatérale, et qu'elle a pour objet ce que quelqu'un entend qui soit fait après sa mort.

» Elle est *unilatérale*, c'est-à-dire, sans lien réel envers personne. Elle est exprimée pour être mise en vigueur après la mort de son auteur; d'où la conséquence qu'en attendant, elle est dépourvue de la stabilité qui caractérise les résolutions parfaites.

» Quant à la forme de l'acte qui doit la contenir, quant à la capacité de celui qui l'exprime, nul doute que la volonté dernière ne soit sujette aux lois en vigueur au moment où elle est manifestée. Le testateur en effet ne peut pas éviter d'avoir recours aux formalités auxquelles seules le droit civil existant attache le pouvoir de conserver et de faire survivre à l'homme une portion de son noble attribut. Il ne peut pas non plus agir comme personne capable, si ce droit lui refuse toute capacité.

» Quant aux dispositions en elles-mêmes, elles sont dans le domaine du droit naturel tant qu'elles attendent le décès du donateur. Voici comment s'exprime à ce sujet Grotius, *de jure belli et pacis*, liv. 2, chap. 6, n°. 14: *quamquam testamentum, ut actus alii, formam certam accipere possit à jure civili, ipsa tamen ejus substantia cognata est dominio, et, eo dato, juris naturalis.* Et il appuie cette assertion sur ce que la disposition testamentaire porte avec elle la condition de sa révocation, selon la volonté de son auteur, jusqu'au décès de celui-ci : *Dispositio autem in mortis eventum, ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi, est testamentum.*

» Cette observation profonde est sans doute une des meilleures sources d'où l'on puisse induire que le fond des actes de dernière volonté doit être réglé, non par les lois en vigueur lors de la rédaction de ces actes, mais par celles qui existent à l'ouverture de la succession; car, si jusqu'alors les testamens sont sous l'influence du droit naturel, pour ce qui tient à leur substance, celle-ci échappe à l'application des règles du droit civil; tant qu'elle est inerte dans l'acte qui la renferme, tant que nul ne peut en réclamer le bénéfice; jusqu'au moment, enfin, où la mort du testateur vient imprimer sur elle un sceau définitif.

» C'est alors qu'ayant besoin de l'appui des lois civiles pour être exécutée, pour contrarier la succession *ab intestat*, on peut exiger qu'elle soit en harmonie avec ces lois. Mais auparavant, sur quoi se fonder pour la soumettre à leurs dispositions?

» Qu'importe à la loi vivante qu'un acte sans effet renferme des clauses qu'elle n'autorise point?

» Son but est d'atteindre tout ce qui l'entrave; mais quel ombrage peut lui porter un vœu muet, une intention paralysée, une libéralité sans obligation, une disposition dont celui qui l'a conçue, peut à son gré changer l'existence?

» La loi sortirait de ses justes bornes, si elle prétendait plier à ses règles une volonté à ce point assujétie aux caprices de l'homme. Elle apposerait d'ailleurs ou voudrait prêter un pouvoir inutile à ce qui ne réclamerait aucun empire, à ce dont il ne sortirait encore aucune action.

» Mais, dit-on, si la loi civile accorde le secours de ses formalités aux testateurs, il faut bien admettre qu'elle ne leur permet de s'en servir que pour exprimer des vœux analogues à ce qu'elle ordonne....

» En supposant cette exigence dans la loi, on s'éloignerait de l'objet qu'elle s'est proposé.

» Elle a créé les formes testamentaires pour constater et mettre à l'abri de la fraude des volontés qui, d'un instant à l'autre, pourraient être réduites à n'avoir d'autres certificateurs qu'elles-mêmes.

» Mais elle a entendu que les testateurs se transportassent par la pensée à l'instant de leur décès.

» Dès lors, ce n'est point sur ce qu'elle ordonnerait à l'instant où leurs volontés seraient écrites, qu'elle leur a commandé de les régler; mais sur ce qu'elle prescrirait à l'époque fatale et définitive à laquelle leurs volontés se réfèrent.

» La loi admet qu'elle peut changer; elle a ses vicissitudes, comme la destinée des hommes sur lesquels son pouvoir s'exerce; et ce pouvoir ne s'étend point au delà de sa durée. Du reste, tout en changeant, elle se succède à elle-même, et n'en est pas moins la puissance qui soumet. Il faut donc croire de plus en plus qu'elle n'entend exercer son empire sur le fond des volontés dernières, qu'à l'instant pour lequel elle a voulu qu'elles fussent écrites, et où elles cesseraient d'être sujettes à variation.

» Ainsi, par exemple, les dispositions testamentaires antérieures aux lois de l'an 2, furent, quant au fond, frappées de nullité, par cela seul que leurs auteurs moururent sous l'empire de ces lois.

» Et si l'on est d'accord du principe quand il est question d'une loi qui change pour détruire, pourquoi n'en conviendrait-on pas quand il s'agit d'appliquer une loi dont le changement vivifie?

» Le testateur à qui il était permis de songer qu'une loi postérieure annullerait ses dispositions, a pu prévoir qu'une loi surviendrait et permettrait de les faire sortir à effet. Mais d'ailleurs il connut, à ce moment de sa mort, cette loi nouvelle; et la sachant conforme aux dispositions par lesquelles il voulait se survivre à lui-même, il mourut avec la confiance qu'elle leur servirait de soutien.

» Mais serait-il vrai qu'on pût considérer comme une jurisprudence contraire, l'arrêt Laquiante et les autres cités par les intimés, qui tous ont jugé que les Institutions universelles testamentaires, faites sous l'empire des anciennes lois, et qui, d'après ces lois, eussent été valables, l'étaient encore; mais seulement devaient être réduites à la quotité disponible, quand elles s'ouvraient sous le Code civil, et cela malgré les lois intermédiaires qui frappaient de nullité ces sortes d'Institutions?

» Il est vrai que ces arrêts sont appuyés sur le motif que les Institutions n'étant point nulles, soit qu'on les considérât d'après *les lois de l'époque où elles furent faites*, soit qu'on les considérât d'après la loi régnante au décès de leurs auteurs, elles n'avaient pas pu être atteintes par les lois passagères qui avaient existé entre ces deux époques.

» Mais deux raisons au lieu d'une pouvaient être invoquées en faveur des dispositions. Les lois du temps où elles furent faites, les lois du temps où elles furent ouvertes, les déclaraient valables: la règle *media tempora non nocent* se présentait naturellement; l'application a dû en être faite.

» Néanmoins, en résultat, les Institutions ont été déclarées réductibles à la quotité disponible fixée par le Code civil, quoique, d'après les anciennes lois, elles eussent dû avoir un effet entier. Donc les arrêts cités, au lieu de contrarier, confirment de plus en plus le principe que c'est la loi du jour du décès du testateur qui seule règle le sort des volontés testamentaires, sans avoir égard aux lois du temps où ces dispositions ont été faites ».

Sur ces raisons, arrêt du 26 juin 1822, qui infirme le jugement dont est appel, et déclare valable l'Institution d'héritier du 16 frimaire an 2,

« Attendu que, pour régler les effets d'un testament, il importe de distinguer trois choses: la forme de l'acte, la capacité de tester et le fond même de la disposition; que relativement à la forme extérieure et purement probante, c'est un principe cons-

tant que le testament doit être revêtu des formalités prescrites par la loi en vigueur au moment de sa confection; que, relativement à la capacité de tester, il y a généralement deux époques à considérer, celle de la confection du testament, et celle du décès du testateur; que, relativement enfin au fond de la disposition, comme pendant toute la vie du testateur, il n'est qu'un simple projet, révocable à chaque instant, qui ne se réalise et ne se confirme qu'au moment de son décès (par la raison que le testateur n'ayant point manifesté d'intention contraire, est censé lui avoir imprimé alors le sceau de sa dernière, et que n'ayant point révoqué sa première disposition, il est présumé ne l'avoir faite réellement qu'au moment qui précède immédiatement son décès), le sort de cette disposition doit être réglé par la loi en vigueur lors du décès, quelle que fût celle en vigueur lors de la confection du testament;

» Attendu qu'en faisant l'application de ces règles à l'Institution universelle testamentaire du 16 frimaire an 11, il ne peut y avoir aucune difficulté sur la validité du testament, en ce qui concerne la forme de l'acte et la capacité du testateur; qu'en ce qui touche la disposition, elle était prohibée, à la vérité, par les lois des 17 nivôse, 22 ventôse an 2 et 4 germinal an 8, sous l'empire desquelles elle a été faite; mais que cette prohibition a été levée par le Code civil sous l'empire duquel est décédé le testateur; qu'en effet, l'art. 1002 de ce Code autorise les dispositions testamentaires à titre universel, sauf réduction à la quotité disponible; que, dans l'espèce, le testateur ayant laissé trois enfans, cette quotité est du quart des biens, aux termes de l'art. 913 du Code civil, et que l'Institution universelle du 16 frimaire an 11, en faveur de l'épouse Pélissier, devant être régie par la loi actuelle, se trouve conséquemment réductible au quart (1) ».

Section II. *Des différentes espèces d'institutions d'héritiers.*

Les interprètes comptent plusieurs espèces d'Institutions : il y en a de pures et de conditionnelles, d'expresses et de tacites, d'universelles et de particulières, de premières, de secondes et de troisièmes en rang.

Nous pouvons ajouter, en les considérant dans leur rapport avec ceux qui en sont l'objet, qu'il y en a de volontaires et de nécessaires.

1°. On a expliqué à l'article *Condition*, quelles sont les Institutions qualifiées de pures, et celles qui sont appelées conditionnelles.

2°. Les Institutions expresses sont celles qui sont conçues en termes clairs et formels, tels que ceux-ci : *Je veux que Titius soit mon héritier; j'institue Titius pour mon héritier.*

Les Institutions tacites sont celles qui, à la vérité, ne sont pas exprimées d'une manière diserte et littérale, mais qui ne laissent pas que d'être clairement établies par les paroles que le testateur a employées : c'est ce qui arrive, par exemple, lorsqu'il manque dans le testament quelques-uns des termes qu'on emploie ordinairement pour faire une Institution. Nous nous étendrons davantage sur ce point, en examinant ci-après, sect. 4, la forme dans laquelle on peut instituer.

3°. L'Institution universelle est celle qui comprend toute l'hérédité, ou qui n'en comprend qu'une partie, mais par forme de quotité, et conséquemment à titre universel.

L'Institution particulière est celle qui est limitée à une certaine espèce de biens, à une somme d'argent, à un effet; comme s'il est dit : *J'institue Titius pour mon héritier dans mes biens acquêts, dans une telle somme de deniers, dans mes meubles meublans.*

Comme il est de maxime dans les pays de droit écrit, qu'un homme ne peut pas décéder *partim testatus, partim intestatus* (loi 88, D. *de heredibus instituendis*), il arrive souvent qu'une Institution particulière se convertit en Institution universelle, et que, par-là, celui qui n'est institué que *in re certâ*, devenant héritier *in solidum*, recueille toute la succession. Titius, par son testament, fait plusieurs legs, et sans nommer un héritier universel, se contente d'instituer Mévius en un certain fonds : à qui doit appartenir l'hérédité en conséquence de ce testament ? Les lois décident que l'Institution de Mévius est valable; qu'il sera héritier universel, comme s'il avait été appelé expressément à tous les biens du défunt; et qu'il le sera ni plus ni moins que si le testateur n'eût point fait mention du fonds, et eût dit simplement, j'institue Mévius : *Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet Institutio, detractâ fundi mentione.* Ce sont les termes de la loi 1, §. 4, D. *de heredibus instituendis.* La loi 41, §. dernier, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, n'est pas moins formelle : *Qui et certæ rei heres instituitur, coherede non dato, bonorum omnium hereditatem obtinet.*

Remarquons ces termes *coherede non dato:* il en résulte que, si, dans l'espèce proposée, Mévius n'a pas été institué seul, il n'aura pas

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 22, partie 2, page 276.

toute l'hérédité, mais sera-t-il borné à la chose dans laquelle il a été institué, ou partagera-t-il dans le reste avec son co-héritier ?

Il faut distinguer.

Si ce co-héritier a été institué comme universel, ou ce qui revient au même, purement simplement et sans désignation de la part qu'il devra prendre dans la succession, Mévius, c'est-à-dire, l'institué *in re certâ* ne sera considéré que comme un simple légataire de la chose qui lui a été assignée par le testateur; et l'hérédité entière appartiendra à l'héritier universel. C'est ce que décide expressément la loi 13, C. *de heredibus instituendis.*

Mais si l'héritier universel ou institué sans portion, décédait avant le testateur, ou répudiait, l'institué *in re certâ* deviendrait-il héritier universel, à l'exclusion des successeurs *ab intestat?* La loi que nous venons de citer semblerait adopter la négative en déclarant que l'institué *in re certâ* n'est que légataire dans le cas où le testateur en a institué un autre universellement; car un légataire ne peut jamais recueillir l'hérédité à l'exclusion des héritiers légitimes. Mais Fachinée explique cette loi de manière à enlever tous les suffrages pour l'affirmative. Voici comment il s'exprime : *Sententia vera et communis quam secuti sunt Bartolus, Castrensis, Alexander, Jaso, Sichardus et alii, est institutum in re certâ non esse propriè legatarium, nec propriè heredem, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ in aliquibus legatarii naturam, in aliquibus autem heredis imitatur. Nam quatenùs is non utitur actionibus hereditariis, nec illis conveniri potest, naturam legatarii participat, et quatenùs etiamex lege falcidiâ detractionem patitur. In sunimâ, quoad rem in quâ institutus est, legatarius censetur.* L. 10 et 35, D. de heredibus instituendis. *Cæterùm respectu tituli Institutionis, videtur quodammodo heredis loco esse, et ideò nec testamentum impugnat querelâ inofficiosi, et totam hereditatem, si nullus alius sit heres institutus, consequitur, ut in dictâ lege* 1, §. 4.

D'après cette explication, il n'y a plus de difficulté à dire que, dans le cas dont il s'agit, Mévius, quoique seulement institué *in re certâ*, recueillera toute l'hérédité au défaut de l'héritier universel. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, du 22 mars 1670, rapporté par Catellan, liv. 2, chap. 35.

Le parlement de Provence vient de décider la même chose dans l'espèce que voici.

Par testament nuncupatif du 17 février 1755, Antoine Pellicot, bourgeois de Saillans, lègue à Jean-Baptiste Pellicot, fils de Jean-Joseph, son frère, la somme de 1000 livres, *et en ce*, dit-il, *je l'institue mon héritier particulier.* Dans tous ses autres biens, il nomme héritière générale et universelle la demoiselle Marguerite Larue, sa belle-sœur, *à la charge d'en disposer en faveur de tous les enfans de feu Jean-Baptiste Pellicot, frère du testateur, et non autrement.*

La demoiselle Larue meurt en 1764, et Antoine Pellicot ne décède qu'en 1778.

Le légataire de 1000 livres demande toute la succession, comme étant devenu héritier universel par le décès de la demoiselle Larue.

Les demoiselles Pellicot la réclament de leur côté, comme héritières pures et simples, leur mère n'étant qu'héritière fiduciaire : d'ailleurs, disent-elles, la succession nous serait due comme substituées, en prenant la place de notre mère.

D'un autre côté, le sieur Fouque, fils d'une sœur du testateur, son héritier légitime, comme les demoiselles Pellicot, demande que la succession soit déclarée ouverte *ab intestat*, et qu'en vertu de la clause codicillaire, les héritiers légitimes la rendent aux demoiselles Pellicot, en retenant la quarte.

Sentence arbitrale qui déclare le sieur Pellicot héritier universel, à la charge de rendre aux demoiselles Pellicot, en retenant la quarte, et condamne les demoiselles Pellicot à lui payer 1000 livres pour son legs.

Sur l'appel de ce jugement au parlement de Provence, le sieur Pellicot reconnait par un expédient, qu'en devenant héritier universel, et en retenant la quarte, il ne peut pas prétendre son legs.

La cause portée à l'audience, il disait que l'institué *in re certâ* devenait toujours héritier universel quand il n'y en avait point d'autres, soit qu'il n'en eût pas été institué, soit que l'héritier universel institué eût prédécédé ou répudié.

Le sieur Fouque et les demoiselles Pellicot soutenaient au contraire que l'institué *in re certâ* ne pouvait devenir héritier universel que dans trois cas : 1°. s'il était seul institué, *nullo coherede dato;* 2°. s'il était institué dans une partie des biens; 3°. s'il était légitimaire; que, hors de là, il n'était regardé que comme un légataire.

Sur ces moyens respectifs, arrêt du 9 juillet 1783, au rapport de M. de Beauval, qui reçoit l'expédient du sieur Pellicot, et par conséquent juge que l'institué *in re certâ* prend la place de l'héritier universel, et le devient lui-même par le prédécès de celui-ci.

Lorsque le cohéritier de l'institué *in re certâ*,

n'est institué comme lui que dans une chose certaine, l'hérédité se partage entre eux moitié par moitié, après néanmoins que chacun d'eux a prélevé les biens qui lui sont assignés par l'Institution, qui, à cet égard, est considérée comme un legs par préciput. C'est ce que décide la loi 25, D. *de heredibus instituendis*, dans l'espèce de deux héritiers institués, l'un dans les biens d'une province, l'autre dans ceux d'une autre province.

On n'a même pas égard à la portion que le testateur a assignée à chacun de ceux qu'il a institués dans une même chose; mais ils partagent la succession également, comme si le testateur n'avait fait mention ni de la chose, ni des portions. La loi 10, D. *de heredibus instituendis*, en contient une disposition formelle : *Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perindè habebitur quasi non adjectis partibus heredes scripti essent. Nec enim facilè ex diversitate partium portiones invenientur. Ergò expeditius est quod Sabinus scribit, perindè habendum ac si nec fundum nec partes nominasset.* La loi 9, §. 13, du même titre, confirme cette décision, et néanmoins ajoute qu'il en serait autrement, s'il apparaissait clairement d'une volonté contraire du testateur : *Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertiâ fundi Corneliani, alter ex besse ejusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detractâ fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modò voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.*

La loi 11 du même titre propose une espèce remarquable. Le testateur institue un héritier dans le fonds Cornélien, et deux autres dans une maison : l'hérédité, après le prélèvement des biens mentionnés dans l'Institution, doit-elle être divisée en trois parts égales? Non, parceque les deux héritiers qui se trouvent conjoints dans l'Institution d'une même chose, ne sont considérés que comme une seule personne. Il faut donc que la moitié de l'hérédité appartienne à l'institué dans le fonds Cornélien, et que l'autre moitié soit divisée entre les deux institués dans la maison. *Attius fundi Corneliani heres esto mihi, duo Titii illius insulæ heredes sunto. Hìc habebunt duo Titii semissem, Attius semissem. Idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit : vera est Proculi opinio.* On peut encore voir sur cette espèce la loi 9, D. *de vulgari et pupillari substitutione*, et la loi 34, D. *de legatis* 1°.

Si le testateur avait ajouté à une Institution *in re certâ*, la particule restrictive *seulement*, cette Institution s'étendrait-elle à toute l'hérédité?

Il y a sur cette question trois opinions différentes.

La première est celle de Bartole, de Paul de Castro et de Cornéus. Ces auteurs distinguent si le testateur a institué un autre héritier qui ne veut ou ne peut pas accepter l'hérédité, ou s'il n'en a point institué d'autre. Dans le premier cas, ils soutiennent que l'Institution *in re certâ* devient universelle par la caducité ou la répudiation de l'autre (et en effet, le parlement de Toulouse l'a ainsi jugé par l'arrêt du 22 mars 1670, cité plus haut) : mais dans le second cas, ils prétendent qu'il ne se fait point de pareil accroissement. Leur raison de différence est que le refus ou l'incapacité du co-institué d'appréhender l'hérédité, fait cesser le motif qui a porté le testateur à déclarer que l'institué *in re certâ* ne prendrait rien au delà de ce qu'il lui assignait; car, disent-ils, le testateur ne s'est ainsi expliqué que pour faire passer toute la succession sur la tête de l'autre. Or, le motif de la restriction cessant, la restriction elle-même doit également s'anéantir. Mais il en est tout autrement, continuent ces jurisconsultes, lorsque le testateur n'a point institué d'autre héritier que celui qu'il a restreint à une chose particulière, parcequ'alors la restriction n'a point d'autre cause que la volonté absolue du testateur, à laquelle on ne peut contrevenir. Ils citent à ce sujet la loi 11, D. *de heredibus instituendis*, rapportée ci-dessus aux mots *si modo voluntas patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Et si on oppose la maxime, *Nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus*, ils répondent que le testament est nul, même par rapport à l'Institution *in re certâ;* et qu'ainsi, toute la succession est dévolue aux héritiers légitimes.

La seconde opinion, adoptée par Decius sur la loi 1, C. *de testamento militis*, et par Menochius en son conseil 488, liv. 5, est que l'Institution *in re certâ* ne peut jamais s'étendre à l'hérédité entière, pas même lorsqu'il y a dans le même testament une autre Institution qui devient caduque par la suite. Ces auteurs se fondent sur les raisons dont Barthole et ses sectateurs appuient le second membre de leur distinction.

La troisième opinion est celle d'Imolensis, sur le chapitre *Raynutius;* d'Alexandre, sur la loi 13, C. *de heredibus instituendis;* de Fachinée, en ses Controverses, liv. 4, chap. 15; de Duperrier, *Maximes de droit*, liv. 5; de Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 8, n°. 30. Ces auteurs pensent, et nous pensons avec

eux, que la restriction apportée par le testateur à l'Institution *in re certâ*, n'est d'aucun effet, lors même que cette Institution n'est pas accompagnée d'une autre.

En effet, c'est une règle constante qu'un testateur ne peut soustraire son testament à l'empire des lois : *Nemo potest in testamento suo cavere ne leges in suo testamento locum habeant* (loi 55, D. *de legatis* 1°.) : or, les lois ne souffrent pas qu'un homme meure *partim testatus, partim intestatus* : c'est pourquoi un héritier institué simplement *in re certâ*, recueille toute l'hérédité, quoique le testateur ait assez fait entendre qu'il ne voulait lui laisser que la chose dans laquelle il l'a institué.

C'est par la même raison que, suivant la loi 74, D. *de heredibus instituendis, si quis ita heres institutus fuerit*, excepto fundo, excepto usufructu, heres esto, *perindè erit jure civili atque si sine eâ re heres institutus esset*, quoique cependant le testateur ait assez témoigné qu'il voulait excepter ce fonds ou cet usufruit de l'Institution.

On sent l'analogie de ces deux espèces à la nôtre ; il ne faut donc point, dans le cas dont il s'agit, s'attacher à la volonté littérale du testateur, mais aux règles prescrites par la loi; et conséquemment l'Institution *in re certâ*, quoique restreinte par la particule *seulement*, doit embrasser toute la succession. On peut même dire que, par-là, on ne fait que remplir l'intention présumée du défunt : il est vrai qu'il a paru vouloir que l'institué ne prît rien au delà de ce qu'il lui assignait, mais en même temps il a voulu que cet institué eût au moins la chose à laquelle il le restreignait; et comme il n'est pas possible que l'Institution *in re certâ* soit exécutée sans être étendue à toute l'hérédité, on doit présumer que le testateur a consenti implicitement à cette extension, suivant la règle, *qui vult finem, vult media.*

La loi 9, §. 13, D. *de heredibus instituendis*, n'est point contraire à cette résolution; les termes de ce texte *si modo voluntas patris-familias manifestissimè non refragatur*, se rapportent uniquement au mode du partage de l'hérédité dans le cas de deux Institutions *in re certâ* : l'intention du jurisconsulte n'est pas de dire que le testateur peut empêcher l'héritier *in re certâ* d'être héritier universel, quand il n'en a point nommé d'autres, mais qu'il peut ordonner que deux co-institués *in re certâ* partageront l'hérédité inégalement.

Enfin, ce qui écarte toute difficulté, c'est que la question vient d'être ainsi jugée au parlement de Paris. Voici dans quelle espèce.

Le 12 février 1763, Susanne Monnier, veuve d'un sieur Beffort, fit son testament devant un notaire d'Aix en Provence, où elle était domiciliée. La clause qui a fait naître la contestation, était conçue en ces termes : « En tous et un chacun de ses biens, droits, » noms, actions et raisons, successions et » substitutions quelconques, meubles et im- » meubles, or et argent monnayés et non » monnayés, linges, robes, ameublemens, » bijoux, billets, promesses, obligations, » constitutions de rentes, le tout présent et » à venir, *situé dans ce pays et comté de Pro-* » *vence*, ou se trouvant dans la maison d'ha- » bitation de la testatrice, *en cedit pays et* » *comté de Provence tant seulement*, en quoi » que le tout soit, consiste et puisse consister, » ladite testatrice a fait et institué pour son » héritière universelle et pour le tout, la de- » moiselle Marie-Etienne de Mézière, demeu- » rant chez madame de Julans de Baudol, » pour faire, jouir et disposer de son bien et » héritage, d'abord après son décès, à ses » plaisirs et volontés ».

Après ce testament, la dame Beffort devint héritière instituée du sieur Monnier, son frère cadet. Sa mère et sa sœur moururent aussi; elle eut à recueillir une portion dans leurs successions; et comme tous les biens en étaient situés dans le Lyonnais, elle se rendit d'Aix à Lyon, d'où elle était originaire, pour y faire les partages; mais elle y mourut en 1782, avant d'avoir pu rien terminer avec le sieur Monnier, qui était en possession de tout.

Dès ce moment, le sieur Monnier crut pouvoir lui succéder *ab intestat* : il fit faire inventaire et se fit envoyer en possession.

La demoiselle de Mézière, alors épouse du sieur Mille, se présenta avec le testament fait en 1763, par la veuve Beffort, et prétendit que, quoiqu'elle n'y fût instituée héritière qu'en ce qui pouvait se trouver en *Provence*, néanmoins elle devait recueillir la succession tout entière, en vertu du droit d'accroissement, par la force de la règle admise dans les pays de droit écrit : *Nemo decedere potest partim testatus et partim intestatus.*

Là-dessus, contestation devant la sénéchaussée de Lyon, où le sieur Monnier éleva une question ultérieure : il prétendit que le testament était nul par le vice de prétérition, faute par la testatrice d'y avoir rappelé la demoiselle Rapillon, leur mère, et il soutint, d'après Furgole, que la nullité d'un pareil testament n'était point couverte par le prédécès de la personne prétérite (1).

(1) Sur ce moyen *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Prétérition*, §. 1, no. 8.

La cause plaidée solennellement devant les premiers juges, il intervint sentence sur délibéré, qui annula le testament, adjugea la succession au sieur Monnier, et condamna la dame Mille aux dépens.

« Ce jugement (disait, sur l'appel, le défenseur de la dame Mille) offense tous les principes reçus en pays de droit écrit, dans lequel la testatrice est née, était domiciliée, a testé, est morte, et avait tout son patrimoine. Ces principes sont que, d'après la règle, *nemo testatus et intestatus decedere potest*, la succession légitime ou *ab intestat*, ne peut jamais y concourir avec la succession testamentaire; et que toutes les fois qu'il n'y a dans le testament qu'un seul héritier institué, *nullo coherede dato*, cet héritier recueille toute la succession, en vertu du droit d'accroissement, quelque restriction que le testateur y ait apposée; parceque le testateur ne peut pas prohiber le droit d'accroissement, et que sa restriction ou limitation est censée non écrite dans le testament : la loi préférant, en ce cas, d'interpréter largement le testament, plutôt que de l'annuler; car c'est précisément pour en sauver la nullité et empêcher la caducité de l'Institution, qu'elle a introduit l'accroissement.

» En vain quelques auteurs, tels que Godefroy et autres, ont pensé que, s'il y a dans le testament une prohibition expresse du droit d'accroissement, il faut annuler le testament, opinion fausse et contraire au texte de la loi, ou que, par une interprétation bénigne, il faut supposer que l'héritier institué seulement en une chose, est censé être chargé de restituer le surplus aux héritiers légitimes ou *ab intestat*, en vertu d'une espèce de fidéicommis tacite, opinion erronée, car, surtout depuis l'ordonnance de 1747, concernant les substitutions, on ne reconnaît point de fidéicommis tacite ou présumé ».

De son côté, le défenseur du sieur Monnier a soutenu que le droit d'accroissement, au moyen duquel on voulait faire porter sur des biens situés à Lyon, une Institution héréditaire restreinte à ce qui était situé *en Provence tant seulement*, était une pure subtilité du droit romain; qu'elle était désapprouvée par tous les auteurs qui avaient traité cette matière; que la restriction *tant seulement* rendait, suivant la dissertation de Ricard sur ce sujet, le testament nul, parceque la testatrice ayant fait ce qu'elle ne pouvait pas faire, au mépris de la loi, c'est-à-dire, une disposition partielle de l'hérédité, à cause de la maxime *nemo testatus et intestatus decedere potest*, il fallait anéantir la disposition partielle pour rendre à l'héritier du sang des biens que la loi lui déférait; parcequ'*un pareil testament*, dit Ricard, *ne peut avoir d'exécution, comme étant contraire aux lois*.

Par arrêt du 19 août 1785, au rapport de M. l'abbé Barbier d'Ingreville, la sentence de Lyon a été infirmée; et le sieur Monnier a été condamné à restituer à la dame Mille la succession entière de la veuve Belford, et aux dépens des instances.

Un premier testament qui contient une Institution universelle, est-il révoqué par un second, dans lequel il ne se trouve qu'une Institution particulière ou *in re certâ*?

L'affirmative est établie par la loi 29, D. *ad senatus-consultum trebellianum*, et par le §. 3 du titre des Institutes *quibus modis testamenta infirmentur*. Mais s'il était dit dans le second testament, que le premier conservera son effet, et que l'institué *in re certâ*, sera tenu de se contenter de ce qui lui a été assigné, le testateur serait censé avoir voulu ordonner un fidéicommis : en conséquence, l'héritier institué par le second testament devrait rendre l'hérédité à celui qui est institué par le premier, en retenant la quarte trébellianique sur laquelle il imputerait ce qui lui a été laissé. C'est ce que décident expressément les deux textes que nous venons de citer.

Nous avons établi ci-dessus que, lorsque plusieurs sont institués *in re certâ*, ils sont héritiers par égales portions, en prélevant les choses que le testateur a assignées à chacun d'eux. De là il résulte qu'ils doivent contribuer au paiement des dettes, des legs et des autres charges, à proportion de leurs parts héréditaires, sans que le plus ou le moins de choses qu'ils doivent prélever, puisse augmenter ou diminuer leur contribution. La loi 35, D. *de heredibus instituendis*, le décide formellement ainsi. La raison en est sensible : nous avons déjà remarqué que les choses certaines exprimées dans l'Institution, ne sont considérées que comme des prélegs : or, les prélegs ne sont pas sujets à la contribution pour le paiement des dettes; les héritiers en sont seuls chargés, et jamais les légataires. Voyez le titre *de hereditariis actionibus* dans le Code, et la loi 50, §. 1, D. *de judiciis*.

Grassus et la plupart des interprètes sont d'avis que l'Institution *in re certâ* ne produit aucun effet, et que le testament est nul, lorsque la chose dans laquelle l'héritier est institué, n'appartient pas au testateur. Leur raison est qu'on ne peut instituer personne

dans les biens d'autrui, et que d'ailleurs l'institué *in re certâ* ne peut, en ce cas, recueillir l'hérédité par droit d'accroissement.

« Mais il me semble (dit Furgole) que les interprètes n'ont pas bien pénétré le sens des lois, ni bien connu la raison pourquoi l'héritier *in re certâ* devient héritier universel, *nullo dato coherede*, lorsqu'ils ont attribué cet effet au droit d'accroissement; car il n'y a aucune loi d'où l'on puisse tirer quelques argumens, ni pour soutenir que ce soit par le droit d'accroissement que l'Institution *in re certâ* produit son effet, ni que cette Institution soit nulle, quand elle est faite en une chose qui ne dépend pas de l'hérédité du testateur: on voit au contraire dans la loi 1, §. 4, dans la loi 9, §. 13, D. *de heredibus instituendis*, dans la loi 10 du même titre, et dans presque toutes les autres lois que nous avons rapportées ci-dessus, que l'Institution *in re certâ* produit son effet par elle-même, tout comme si le fonds ou la chose certaine n'y avait pas été ajoutée; *valet Institutio detractâ fundi mentione, perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset.*

» Ainsi que la chose certaine ajoutée à l'Institution appartienne ou n'appartienne pas au testateur, cela est tout-à-fait indifférent, parceque l'héritier est appelé par l'Institution que la loi détache et sépare de la chose certaine qui y est ajoutée, ou selon la judicieuse remarque de Denis Godefroy, *certæ rei demonstratio jus Institutionis ad rem ipsam non coercet*; et l'on ne doit examiner si la chose dépend ou non de l'hérédité, que pour savoir si la chose ajoutée à l'Institution devra appartenir à l'héritier comme un prélegs, lorsque plusieurs ont été institués *in re certâ* ».

Lorsque le testament d'un homme domicilié en pays de droit écrit, ne contient qu'une Institution *in re certâ*, cette Institution doit-elle être convertie en disposition universelle, par rapport aux biens que le testateur laisse dans des lieux soumis au droit coutumier?

Non, parceque la maxime *nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus*, qui nécessite cette conversion dans les pays de droit écrit, n'est pas reçue dans les pays de coutume. L'art. 68 de l'ordonnance de 1735 s'explique là-dessus dans les termes les plus précis: « Lorsque le testateur sera domi» cilié dans un des pays qui suivent le droit » écrit, l'Institution par lui faite aura son » effet, tant pour les immeubles situés aux» dits pays, que pour les meubles, droits et » actions qui suivent la personne; et quant » aux immeubles situés dans les pays où le » droit écrit n'est pas observé, elle vaudra » comme legs universel, si ce n'est qu'elle » ait été faite pour une somme fixe, ou pour » de certains effets, auquel cas elle ne vau» dra dans lesdits pays que comme legs par» ticulier ».

C'est encore parceque les soldats ne sont pas soumis à la règle *nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus*, que les Institutions particulières qui sont faites dans les testamens militaires, ne se convertissent point en Institutions universelles. La loi 6, D. *de testamento militis*, en contient une décision expresse: *Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantùm ad residuum patrimonium intestatus decessisset. Miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.*

Cependant lorsqu'un soldat a disposé de toute sa fortune par des Institutions particulières, on leur donne le même effet qu'à celles qui sont contenues dans les testamens faits *jure communi*, c'est-à-dire que les institués prennent à titre de prélegs ce que le testateur leur a assigné, et sont du reste considérés comme héritiers par égales portions. La loi 17 du titre qu'on vient de citer, est formelle sur ce point: *Si certarum rerum heredes instituerit miles, veluti alium urbanorum prædiorum, alium rusticorum, alium cæterarum rerum, valebit Institutio, perindèque habebitur atque si sine partibus heredes eos instituisset resque omnes suas per præceptionem cuique legando distribuisset.*

[[Aujourd'hui l'Institution d'héritier n'étant plus nécessaire dans aucune partie de la France, pour faire valoir un testament, il est clair que l'institué *in re certâ* n'est et ne peut être, dans toute la France, considéré que comme un légataire particulier.]]

4°. On entend assez par la signification des termes, ce que c'est qu'une *Institution au premier rang*. Les substitutions directes sont ce qu'on appelle des Institutions du second rang; et lorsqu'elles sont répétées pour un degré ultérieur, on les qualifie d'Institution au troisième rang. Par exemple, *j'institue Titius pour mon héritier;* voilà une Institution au premier rang. *Si Titius ne peut pas me succéder, j'institue Sempronius;* voilà une Institution au second rang; *et si Sempronius ne le peut pas non plus, j'institue Sélus;* voilà une Institution au troisième rang.

Furgole remarque avec raison qu'on ne peut pas dire la même chose des substitutions fidéicommissaires, lors même qu'elles portent sur la totalité ou sur une quote de l'hérédité, parceque le substitué fidéicommissaire ne prend point, comme le substitué direct, la place du premier héritier institué. Il n'est même pas vraiment héritier; car le grevé, en acceptant l'hérédité, a acquis cette qualité d'une manière irrévocable, suivant la règle, *qui semel est heres non potest desinere esse heres* (loi 88, D. *de heredibus instituendis*). Le fidéicommissaire universel est seulement considéré comme un héritier utile, *heredis loco habetur*, dit le §. 3, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*.

5°. L'Institution nécessaire est celle que la loi oblige le testateur de faire au profit de ceux qui ont droit de légitime dans son hérédité. L'omission de cette Institution forme ce qu'on appelle un vice de *Prétérition*. Voyez ce mot.

L'Institution est volontaire, lorsqu'elle comprend des personnes que le testateur peut passer impunément sous le silence, et qui, par conséquent, ne sont redevables de sa disposition qu'à sa pure libéralité.

Section III. *Par quels actes peut-on faire une Institution d'héritier?*

Nous avons déjà dit qu'on ne peut instituer un héritier que par testament, et nous avons cité plusieurs textes qui établissent l'insuffisance d'un codicile pour faire une disposition de cette nature.

Il y a cependant plusieurs exceptions à cette règle.

1°. L'Institution particulière n'étant considérée que comme un legs, quand il y a d'autres héritiers institués universellement ou dans une quote, ou sans portion, ainsi qu'on l'a vu dans la section précédente, il est clair qu'elle peut être faite par codicille. Mais dans ce cas, elle ne vaudra jamais que comme legs pour la chose qu'elle comprend; et elle ne pourra pas être convertie en Institution proprement dite, si celle qui est contenue dans le testament devient caduque. « L'Institution » *in re certâ* (dit Furgole), *nullo coherede* » *dato*, ne peut devenir universelle que » quand elle est faite par testament; non, si » elle était faite en contrat de mariage ou » par codicille, parceque les lois n'ont attribué » cet effet qu'à l'Institution *in re certâ*, com- » prise dans un testament qui, de lui-même » et par son essence, est capable de transférer » la succession universelle, et qui, sans cette » translation, est inutile et inefficace; au lieu » que l'Institution *in re certâ* dans un contrat » de mariage, ou dans un codicille, peut valoir » seulement en la forme qu'elle est écrite, et » que les lois ne lui attribuent d'autre effet » que celui qui résulte naturellement des » paroles en la forme qu'elles sont couchées : » en sorte qu'on ne sépare point l'Institution » de la chose à laquelle elle est appliquée ».

2°. L'Institution universelle contenue dans un codicille, n'a pas, à la vérité, un effet direct; mais elle vaut comme fidéicommis : de sorte qu'en pareil cas, on regarde les héritiers légitimes comme chargés de rendre l'hérédité à celui qui a été institué universellement, déduction faite de la quarte trébellianique ou falcidie qu'ils peuvent retenir. C'est ce qui résulte évidemment de la loi 2, §. 4. D. *de jure codicillorum*, conçue en ces termes : *Hereditas testamento inutiliter data, non potest codicillis quasi hereditas confirmari; sed ex fideicommisso petitur, salvâ ratione legis falcidiæ*. La loi 76, D. *ad senatus-consultum trebellianum*, décide la même chose par rapport à la substitution pupillaire, qui n'est autre chose qu'une Institution au second rang. Les paroles en sont remarquables : *Scævola respondit : Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique codicillis substituerit, deindè filius impubes decesserit; licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest, tamen benignâ interpretatione placet ut mater quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur.*

Mais pour qu'une Institution comprise dans un codicille produise cet effet, il faut que le testateur ait eu la pensée de faire un véritable codicille; car s'il avait eu celle de faire un testament, l'Institution serait absolument nulle, et les héritiers légitimes auraient toute la succession, sans charge de fidéicommis. C'est ce qu'établit très-clairement la loi 13, §. 1, D. *de jure codicillorum*. Voici ce qu'elle porte : *Tractari solet de eo qui cùm tabulas testamenti non fecisset, codicillis ità scripsit: Titium heredem esse volo. Sed multùm interest utrùm fideicommissariam hereditatem à legitimo per hanc scripturam quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an verò testamentum facere se existimaverit; nam hoc casu nihil à legitimo peti poterit.* Mais à quoi connaît-on si c'est un testament qu'il a entendu faire? C'est ce que la même loi va nous apprendre : *Voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerùmque declarabitur:*

nam si fortè à Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligetur.

3°. Une Institution même universelle faite dans un codicille militaire, a un effet direct, comme si elle était consignée dans un testament. La loi 36, D. *de testamento militis*, ne laisse là-dessus aucun doute : *militis*, ce sont ses termes, *codicillis ad testamentum factis etiam hereditas jure videtur dari. Quare si partem dimidiam hereditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse heres partem dimidiam habebit.* Cette jurisprudence est fondée sur le privilége qu'ont les soldats de disposer comme ils peuvent et comme ils veulent. Leurs testamens, comme on le sait, ne sont point assujétis aux formes du droit civil ; il suffit que leur intention soit connue et légitimement constatée.

4°. Si un testateur disait dans un testament écrit et solennel, *j'institue héritier celui que je nommerai dans un codicille*, et que dans la suite il fît un codicille par lequel il instituerait quelqu'un, cette Institution aurait un effet direct. C'est ce que décident expressément la loi 10, D. *de conditionibus Institutionum*, et la loi 77, D. *de heredibus instituendis*. Voici les termes de celle-ci : *Ita scriptum est*, quem heredem codicillis fecero, heres esto; *Titium codicillis heredem instituit. Ejus quidem Institutio valet, ideò quòd licet codicillis dari hereditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur.* Ce n'est pas, dans cette espèce, le codicille qui fait valoir l'Institution qu'il contient, c'est au contraire du testament seul qu'elle emprunte sa force; le codicille ne fait qu'expliquer la volonté du testateur; et il a constamment cette efficacité, comme le prouvent plusieurs textes du Digeste et du Code.

[[Ces textes sont transcrits et expliqués au mot *Testament*, sect. 2, §. 1, art. 4.

Du reste, il n'y a plus aujourd'hui de différence entre le testament et le codicille. On peut donc aujourd'hui instituer un héritier par un codicille, ni plus ni moins que par un testament.]]

SECTION IV. *De quelle manière et dans quelle forme peut et doit être faite une Institution testamentaire ?*

I. Les formalités de l'Institution étaient très-rigoureuses dans l'ancien droit romain : on ne pouvait employer pour la faire que des termes directs; les termes obliques étaient absolument réprouvés.

On appelait termes *directs* ceux qui avaient la forme impérative, comme *heres esto*, *heredem esse jubeo*. Les paroles *obliques* étaient celles qui étaient conçues en forme précative, ou d'après lesquelles l'institué était obligé de prendre l'hérédité de la main d'un tiers, comme, *rogo ut Titium heredem facias*, *volo ut tibi hereditas detur*, et d'autres semblables.

Les interprètes ont imaginé une troisième espèce de paroles qu'ils ont appelées *communes*. Ce sont celles qui sont susceptibles d'un double sens, et qui peuvent être prises directement ou obliquement, comme *Instituo heredem*, *pertineat*, *succedat*, *devolvatur*, *perveniat hereditas*. Mais le président Favre démontre très-bien, dans son traité *de erroribus pragmaticorum*, que le droit romain ne connaît que deux espèces de paroles, les directes et les obliques; en sorte que toutes celles qui ne sont pas obliques, doivent être mises dans la classe des directes.

La difficulté de discerner les unes d'avec les autres, occasionait très-souvent des doutes sur la validité de certaines Institutions : on en jugera par ce passage des fragmens d'Ulpien : *Heres institui rectè potest his verbis*, Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem esse jubeo. *Illa autem*, heredem instituo, heredem facio, *plerisque improbata est.*

Mais cette rigueur scrupuleuse a été abrogée par l'empereur Constantin, dans la loi 15, C. *de testamentis*. Ce législateur a pensé qu'il était peu convenable d'attacher la validité d'une Institution à des pratiques vaines et stériles : *Indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum.* En conséquence, il a voulu que toute espèce de paroles propres à faire connaître la volonté du testateur pût être valablement employée à une Institution : *Institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utram imperativis et directis verbis fiat, aut inflexis; nec enim interest si dicatur;* heredem facio, *vel* instituo, *vel* volo, *vel* mando, *vel* cupio, *vel* esto, *vel* erit; *sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata, Institutio valeat; si modò per eam liquebit voluntatis intentio.* Ce sont les termes du texte cité.

II. Suivant la loi 1, §. 3, D. *de heredibus instituendis*, l'Institution d'héritier peut être faite par ces trois paroles : *Titius heres esto;* et il n'est pas nécessaire que le testateur ajoute qu'il veut que Titius soit son héritier; cela se sous-entend assez, parceque celui qui teste ne veut pas disposer des biens d'autrui, mais des siens.

On voit par-là que l'omission de quelques termes ne vicie pas l'Institution, et qu'il suffit

qu'on puisse les sous-entendre. Les §. 5, 6 et 7 de la loi que nous venons de citer, en fournissent encore d'autres exemples.

Suivant le premier de ces textes, une Institution conçue en ces termes, *Lucius heres*, sans ajouter *esto*, est valable, parceque *credimus plus nuncupatum, minus scriptum :* il suffit même de dire, *Lucius esto;* mais le seul mot *Lucius* n'emporterait pas Institution.

Suivant le second, si un testateur disait, *ille ex parte totâ, ille ex totâ*, sans ajouter, *heres esto*, ceux qu'il aurait ainsi nommés, seraient censés institués.

Enfin, est-il dit dans le troisième, le jurisconsulte Julien pensait qu'il n'y avait point d'Institution dans ces paroles, *illum heredem esse*, parceque la phrase était imparfaite; mais Ulpien soutenait le contraire, sur le fondement qu'il fallait sous-entendre *jubeo;* et son avis a prévalu.

La loi 7, C. *de testamentis*, décide, relativement à un cas particulier dont elle ne rapporte pas les circonstances, que l'Institution est bonne, quoique le testateur ait omis les termes *heres esto*, ce qui semble contrarier la décision d'un des textes que nous venons d'analyser; mais il faut dire, avec la glose, que, dans l'espèce de cette loi, le testateur avait employé d'autres mots équivalens, comme *Titius hereditatis meæ dominus esto*, ou simplement *Titius hereditatis meæ*.

III. Justinien avait établi par la loi 29, C. *de testamentis*, que le testateur serait obligé d'écrire lui-même le nom de son héritier; et que, lorsqu'il ne saurait ou ne pourrait pas l'écrire, il serait tenu de déclarer ce nom aux témoins, qui en feraient mention en signant le testament. Mais cette formalité a été abrogée par le même empereur, dans sa novelle 119, chap. 9: *Sic hoc non observant*, porte cette loi, *sed secundùm priscam consuetudinem testentur, etiam sit firmum testamentum sancimus, sive per se aliquis, sive per alterius personam nomen heredis inscripserit.* Boniface rapporte un arrêt du parlement d'Aix, du 15 juin 1655, par lequel il a été jugé, conformément à cette novelle, qu'un testament solennel dans lequel le testateur n'avait pas écrit de sa main le nom de celui qu'il avait institué, n'en était pas moins valable.

IV. Il n'est pas nécessaire de nommer expressément la personne de l'héritier : il suffit de la désigner par quelque marque non équivoque. La loi 9, §. 9, D. *de heredibus instituendis*, le décide ainsi : *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat....., valet Institutio.* L'héritier est donc suffisamment désigné par tout ce qui peut faire connaître sa personne, sa profession, son emploi, ses rapports de parenté ou d'affinité avec le testateur : *Nominatim alicui legetur ita*, Lucio, Titio, *an per demonstrationem corporis, vel artificii, vel officii, vel necessitudinis, vel affinitatis nihil interest*, dit la loi 34, D. *de conditionibus et demonstrationibus*. La raison en est que la désignation certaine et l'expression du nom sont tellement identiques dans le droit, qu'elles peuvent s'employer indifféremment l'une pour l'autre. La loi 6, D. *de rebus creditis*, dit que *nihil referre proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenùs mutuâ vice fungantur quæ tantumdem præstant.*

L'ordonnance de 1735 n'a point dérogé à cette jurisprudence : elle l'a au contraire confirmée de la manière la plus formelle, en parlant, art. 50, de ceux qui ont droit de légitime, et qui par cette raison doivent être institués *nommément*, elle dit : « L'Institu» tion sera faite en les désignant de telle ma» nière que chacun d'eux y soit compris ».

[[IV. La disposition d'un testament par lequel, sous le Code civil, le testateur appelle à sa succession ceux qui lui auraient succédé, d'après telle coutume abrogée, qu'il désigne, est-elle valable?

L'affirmative est établie dans les conclusions du 19 juillet 1810, et adoptée par l'arrêt de la cour de cassation, du même jour, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 15.

C'est ce qu'a également jugé, depuis, un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 17 février 1822.

Le 13 septembre 1817, la dame Watripont, domiciliée à Gand, fait un testament mystique par lequel sa succession est déférée à ses héritiers *ab intestat*, suivant l'ordre de représentation établi par « la ci-devant cou» tume de Gand, relativement aux maisons » mortuaires bourgeoises ».

Après sa mort, arrivée en 1820, le sieur Demanet, appelé par le Code civil à un mode de succéder plus avantageux pour lui, attaque ce testament par deux moyens, l'un tiré de sa forme extrinsèque, et dont il sera parlé à l'article *Testament*, l'autre, qu'il fait résulter de ce que la testatrice s'est référée, pour la désignation des héritiers qu'elle entendait instituer, à une coutume abolie tant par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2, que par l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12,

et il invoque, à l'appui de ce second moyen, la disposition de l'art. 1390 du Code civil, qui défend aux époux de régler leurs droits nuptiaux par simple relation aux coutumes, lois et statuts locaux par lesquels étaient ci-devant régies les diverses parties du territoire français.

Jugement du tribunal de première instance de Gand, qui, en rejetant ce second moyen comme le premier, déclare le testament valable.

Et sur l'appel, l'arrêt cité met l'appellation au néant,

« Attendu que l'art. 1390 du Code civil, invoqué par l'appelant, se trouve au titre *du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, et que c'est l'association de ces époux qu'il défend de régler, d'une manière générale, par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux abrogés par le susdit Code;

» Attendu qu'il n'est pas permis d'appliquer aux testamens la disposition prohibitive de cet art. 1390, faite pour les contrats de mariage, les prohibitions ne s'étendant pas des cas exprimés à ceux qui ne le sont pas; et que, fût-il vrai que cet article dût, le cas échéant, recevoir son extension aux dispositions de dernière volonté, il ne saurait trouver son application dans l'espèce, puisque la testatrice n'a point appliqué la coutume de Gand, pour son testament être réglé d'une manière générale selon les dispositions de cette coutume, mais seulement par forme d'Instruction, et uniquement pour faire mieux connaître le mode de représentation d'après lequel elle appelle à sa succession ceux de ses parens qu'elle désigne ainsi pour lui succéder (1) ».

Une espèce semblable s'était présentée à la même cour, quelques années auparavant; mais notre question n'y avait pas été agitée: les deux parties la regardant comme résolue par l'arrêt de la cour de cassation, du 19 juillet 1810, s'étaient accordées à tenir pour valable la disposition dont il s'agissait, et ne s'étaient divisées que sur le sens et l'étendue que l'on devait donner à cette disposition. Voici comment l'espèce est rapportée dans la *Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles*, année 1818, tome 2, page 323:

« La dame Marie-Catherine Debacker est décédée à Wondelghem (Flandre orientale), le 16 janvier 1813, après avoir fait un testament, sous la date du 21 mars 1809, lequel renferme la disposition suivante : *Je déclare, par le présent acte de testament, d'instituer, pour mes héritiers paternels et maternels, tous ceux et celles qui, par droit de représentation, sur le pied des anciennes coutumes de la ville de Gand, pourront ainsi avoir et vérifier droit d'hoirie, et héritier par représentation d'estoc et de branche, comme d'ancien usage, faisant à chacun desdits institués à cet effet don et legs universels.*

» La testatrice n'a laissé que des héritiers collatéraux.

» En ligne collatérale, comme en ligne directe, la coutume de Gand admet la représentation à l'infini, sauf à l'égard des fiefs. (Art. 13, rub. 26.)

» Conformément au testament de la dame Debacker, combiné avec les dispositions de la coutume de Gand, il fut procédé au partage de sa succession, d'abord par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle. Mais lorsque les parens paternels voulurent faire le partage de leur moitié entre les différentes branches, il s'éleva des difficultés entre eux, parcequ'une branche étant vacante, ils ne purent s'accorder sur le point de savoir à qui cette part était dévolue. Voici la généalogie de cette ligne paternelle :

Jean Dedobbele, marié à Catherine Declercq.
(*Branche vacante.*)
André Debacker, marié à Marie Dedobbele.
Abraham Debacker, marié à Marie Vercauteren.
(*Il ne s'agit point de la ligne maternelle.*)
Marie Debacker,
de cujus.

» Les représentans de Catherine Declercq soutenaient que la part qui compétait à la branche vacante Jean Dedobbele, leur était dévolue. Les autres branches de la ligne paternelle prétendaient avoir le droit de concourir au partage de cette part vacante.

» Sur cette contestation, le tribunal de Gand déclara que la portion de la branche défaillie était dévolue aux représentans de Catherine Declercq, à l'exclusion des autres branches de la ligne paternelle ».

» Sur l'appel de ce jugement, M. l'avocat général de Stoop a ainsi discuté les moyens respectifs des parties :

« Aux termes de la coutume de Gand, la part de la branche vacante compétait au fisc. Mais le fisc ne peut avoir rien à prétendre dans la succession dont il s'agit, ni d'après les lois actuelles, ni d'après la volonté de la

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de Bruxelles, année 1822, tome 1er, page 225.

testatrice, qui a légué toute sa succession à ses parens. Suivant la coutume de Gand, les Declercq n'ont pas plus de droit à la part en litige que leurs adversaires; ils sont tous également étrangers à la branche vacante; car, selon les principes de la coutume, il y a autant de successions distinctes qu'il y a de branches.

» La testatrice n'a certainement point prévu que, dans l'une ou dans l'autre ligne, il y aurait des branches vacantes; et son testament n'exprime pas ce qu'elle voulait qui fût fait à l'égard de cette partie de sa succession. A défaut de volonté expresse, la loi en vigueur lors de la confection du testament, est censée renfermer la volonté tacite de la testatrice. Or, d'après le Code civil, les biens dévolus à une ligne appartiennent également à tous les héritiers qui sont au même degré. (Art. 734.)

» Les intimés, pour soutenir leur prétention, font un mélange des dispositions testamentaires et des principes du Code. Tout en convenant que la testatrice n'a point disposé du huitième vacant de sa succession, et que c'est là un cas non prévu, ils prétendent néanmoins qu'en vertu de la volonté présumée de la testatrice, ce huitième doit être partagé comme s'il s'agissait de la succession de Marie-Thérèse Dedobbele; et ils invoquent l'art. 733, 2e. alinéa du Code civil : à défaut, disent-ils, de parens paternels de Marie-Thérèse Dedobbele, il y a dévolution à la ligne maternelle. Mais il paraît plus vrai de dire qu'à l'égard du huitième vacant de sa succession, la testatrice n'a exprimé d'autre volonté, si ce n'est qu'il appartînt à la ligne paternelle et conséquemment à tous les héritiers de cette ligne.

» Les intimés insistent : la testatrice, disent-ils, a absolument voulu qu'un quart de sa succession appartînt à la branche pater-maternelle; et rien ne s'opposait à ce que cette volonté reçût son exécution. Elle a donc dû s'accomplir. La testatrice a voulu ultérieurement que ce quart de sa succession se divisât entre la branche pater-mater-paternelle (les Dedobbele) et la branche pater-mater-maternelle (les Declercq). Ici s'est rencontré un obstacle, la branche Dedobbele étant vacante. C'est à ce point (ajoutent les intimés) qu'il a fallu suppléer par la disposition du Code qui statue qu'à défaut de parens d'une ligne, il y a dévolution à l'autre ligne. Puisque nous appartenons à la branche pater-maternelle, à laquelle un quart est attribué, il est plus naturel que nous emportions ce quart, que d'y faire participer les appelans, qui sont absolument étrangers à cette branche.

» Les intimés s'attachent donc principalement à soutenir que la volonté de la testatrice a été que le quart de sa succession passât à la branche pater-maternelle. Mais cela n'est point exact. La testatrice, en se référant à la coutume de Gand, a voulu qu'un huitième seulement de sa succession appartînt à la branche pater-mater-maternelle (aux Declercq), et qu'ils n'eussent rien au delà dans les biens dont elle disposait. Quant à ceux dont elle ne disposait pas, d'après le Code, ils se partagent également entre tous les héritiers de la ligne paternelle. Ce huitième dont la testatrice n'a point disposé, est resté dans sa succession, et ne doit point se partager comme s'il venait de la succession de Marie Dedobbele.

» Il nous semble que le cas actuel n'offre pas plus de difficulté que ne présenterait celui où la testatrice, connaissant parfaitement tous les membres de sa famille, aurait disposé de la manière suivante : *Je veux que mes biens se partagent également entre la ligne paternelle et la ligne maternelle; et quant au partage ultérieur dans la ligne paternelle, je veux qu'un quart des biens qui lui sont dévolus, passe à la branche pater-pater-paternelle, un autre quart à la branche pater-pater-maternelle, et un troisième quart à la branche pater-mater-maternelle* (les Declercq); et qu'elle n'eût rien dit touchant le quart restant, sachant que la branche pater-mater-paternelle était vacante. Bien certainement les Declercq ne pourraient pas prétendre à ce quart, la testatrice ne leur ayant pas légué; mais comme elle l'aurait assigné à la ligne paternelle, tous les parens de cette ligne y auraient un droit égal. Il en serait de même si la testatrice eût assigné expressément un quart à la branche pater-mater-paternelle, ignorant qu'elle fût vacante; car toute disposition impossible est réputée non écrite. Il doit encore en être de même dans le partage qui fait l'objet du procès actuel. Ainsi donc, la prétention des intimés n'est fondée ni d'après la coutume de Gand, qui rend les branches de chaque ligne étrangères les unes aux autres, ni d'après la volonté expresse de la testatrice, qui n'a point disposé des biens revenant à des branches qui pourraient se trouver vacantes, ni d'après le Code, qui veut que tous les biens qui appartiennent à une ligne, soient partagés également entre tous ceux qui en font partie ».

Par ces considérations, M. l'avocat géné-

ral a conclu à l'infirmation du jugement dont était appel; et en effet, il est intervenu, le 28 novembre 1818, un arrêt par lequel,

« Vu les art. 13 et 19, rub. 26, de la coutume de Gand;

» Et attendu que, suivant ces articles, que la défunte a pris pour base de ses dispositions, la représentation en ligne collatérale avait lieu, sans distinction de degré, et que la succession ne se partageait en quatre lignes ou branches, savoir, en pater-paternelle, en pater-maternelle, en mater-maternelle, et en mater-paternelle, que lorsqu'il existait des parens dans chacune de ces lignes, et que les biens en provenaient, ce qui, dans l'espèce, n'ayant eu lieu, il s'ensuit que le cas à décider n'a pas été prévu par la testatrice, et doit être réglé d'après le Code civil, art. 733 et 734, sauf la représentation sans distinction de degré, sur le pied du susdit art. 13 de la rubrique 26 de la coutume de Gand;

» La cour met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare pour droit que les appelans, comme représentant les branches pater-pater-paternelle et pater-pater-maternelle de la défunte, et chacun pour un tiers, sont les héritiers légaux paternels de la branche pater-mater-paternelle de Marie Dedobbele, dans la succession de Marie-Catherine Debacker, conjointement avec les intimés, comme représentant la branche pater-mater-maternelle Declercq, pour le tiers restant, condamne les intimés à reconnaître les appelans comme tels, et à entrer avec eux sur ce pied en partage ».]]

IV3. Est-il permis d'instituer un héritier en le désignant seulement par signes?

Les mots, *an digito ostendatur,* de la loi 6, D. *de rebus creditis*, annoncent assez que la désignation par signes a le même effet que celle qui est faite par paroles: aussi la loi 58, D. *de heredibus instituendis*, décide-t-elle que, si, dans un testament nuncupatif, le testateur se contente de montrer son héritier au notaire et aux témoins, en disant: *c'est lui que j'institue,* l'Institution est aussi valable que si le nom de l'héritier avait été prononcé. L'ordonnance de 1735 n'a rien changé à cette disposition: il est vrai que l'art. 2 de cette loi déclare nulles les Institutions « qui ne seraient faites que par signes, » encore qu'elles eussent été rédigées par écrit, » sur le fondement desdits signes »; mais il ne faut pas en conclure que, si un testateur montrait par signes au notaire et aux témoins la personne qu'il voudrait faire héritier, en déclarant expressément qu'il l'institue, le testament serait nul. L'ordonnance annulle bien les dispositions *qui ne seraient faites que par signes*, parceque les signes qui ne sont accompagnés d'aucune parole, sont presque toujours équivoques; mais elle n'a point entendu prohiber les dispositions faites tout à la fois par signes et par paroles, ce qui arrive lorsque le testateur déclare vouloir que la personne qu'il désigne de la main ou autrement, soit son héritier, parcequ'alors il ne peut y avoir de doute ni d'équivoque dans l'expression de sa volonté.

IV4. Pour que la désignation ait le même effet en matière d'Institution, que la déclaration précise du nom de l'héritier, il faut qu'elle soit claire, certaine et indubitable. Si elle n'a point ce caractère, si elle présente quelque incertitude, si elle est équivoque, en un mot si elle peut s'appliquer à plusieurs personnes, l'Institution est nulle: *Heres institui nisi ut certè demonstretur nemo potest*, dit la loi 9, §. 9, D. *de heredibus instituendis*. De là vient, suivant la loi 62, §. 1 du même titre, que, si un testateur qui a plusieurs amis du même nom, en institue un, il doit y ajouter une marque distinctive qui fasse connaître celui qu'il a en vue; autrement l'Institution est nulle à cause de l'incertitude: *Quoties non apparet quis heres institutus sit, Institutio non valet: quippè evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro quâ persond testator censerit.*

Il résulte des derniers termes de ce texte, que, s'il se rencontre quelque circonstance qui puisse lever l'incertitude que le testateur a laissée sur la personne de l'héritier, l'Institution est valable. Si, par exemple, dans le nombre des personnes du même nom, il y en avait une qui fût liée d'amitié, de parenté ou d'alliance avec le testateur, et qu'il n'en fût pas de même des autres, on présumerait que l'ami, le parent ou l'allié est celui que le testateur a voulu instituer, et l'Institution vaudrait en sa faveur, comme l'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse de 1677, rapporté par Catellan, liv. 2, chap. 34.

C'est aussi sur ce fondement que, par arrêt prononcé en robes rouges le 22 décembre 1623, le parlement de Paris a jugé valable une Institution d'héritier faite par un père en ces termes: « Au résidu de mes biens, » j'institue pour héritier mon très-cher et bien-» aimé fils », parceque dans le nombre des enfans du testateur, il y en eut un qui fit voir,

par des circonstances particulières, que cette disposition se rapportait à lui.

IV5. Il semblerait au premier abord que les Institutions faites en faveur des captifs et des pauvres, fussent nulles à cause de l'incertitude des personnes qui en sont l'objet; mais voyez ce que nous disons ci-après, sect. 5.

IV6. L'Institution par désignation n'est valable qu'autant que la désignation n'est point injurieuse. La loi 9, §. 8, D. *de heredibus instituendis*, porte : *Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod penè nihil à nomine distat, non tamen eo quod contumeliæ causâ solet addi, valet Institutio.*

Quelques auteurs concluent de là que toute Institution conçue en termes injurieux à l'héritier, ne doit être d'aucun effet; c'est une erreur. La loi 48, §. 1 du même titre, déclare valable une Institution faite de cette manière : *Filius meus impiissimus, malè de me meritus, heres esto.* La raison qu'elle en donne ne laisse aucun doute sur la généralité de sa décision : *Purè enim heres instituitur cum maledicto, et omnes hujusmodi Institutiones receptæ sunt.*

Ces deux textes ne se contrarient point. La loi 9, §. 8, dit que la désignation ignominieuse de la personne de l'héritier, sans le nommer, rend l'Institution nulle; mais la loi 48, §. 1, décide que, quand l'héritier est nommé expressément ou caractérisé par quelque marque certaine indépendante de la désignation injurieuse, l'Institution est valable. Voët explique ainsi la différence de ces deux cas : *Contumeliosa designatio distat ab Institutione cum elogio seu maledicto, quippè quam subsistere docet lex* 48, §. 1, D. h. t. *Quia testator hâc exprobratione videtur institutum ad meliorem mentem et pœnitentiam commissorum reducere velle, pariterque significare eò magis illum beneficii accepti reum esse, quod nullis benemeritis nulloque obsequio testatoris munificentiam in se provocavit.*

V1. Lorsque la personne de l'héritier est suffisamment connue, soit par une désignation indubitable, soit par l'expression de son nom, il n'importe qu'il s'y rencontre quelque erreur, soit par l'effet d'une fausse démonstration ajoutée au nom de l'institué, soit par la fausseté du nom ou du prénom qui lui est donné; l'Institution n'en est pas moins valable. Cette doctrine, commune aux legs et aux Institutions, est établie par le §. 29, Ins. *de legatis*, conçu en ces termes : *Si quidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii, testator erraverit, cùm de personâ constat, nihilominùs valet legatum idemque in heredibus servatur, et rectè.*

En est-il de même de l'erreur qui tombe sur le propre nom du testateur même?

Par exemple, Titius fait son testament, et dit : *Sempronius Plotii heres esto :* quelques anciens jurisconsultes croyaient qu'il n'y avait là qu'une erreur de nom, et que l'Institution devait être exécutée, comme si le testateur se fût appelé Plotius. Mais, dit Justinien, dans la loi 14, C. *de heredibus instituendis*, cet avis est absurde; car où est l'homme assez ignorant ou assez imbécile pour ne pas savoir son nom?

Cette Institution produira cependant quelque effet dans deux cas que le texte cité nous indique.

1°. Si le testateur a recueilli la succession d'un homme appelé Plotius, il est censé, en disant, *Sempronius Plotii heres esto*, vouloir faire passer à Sempronius tous les biens qu'il a tirés de cette succession avec les charges qui lui en sont provenues; et pour décider de la sorte, dit Justinien, *Argumentatur ex antiquâ regulâ quæ voluit heredem heredis testatoris esse heredem.*

2°. Si le testateur avait institué une personne dont le nom serait Plotius, on présumerait que par les termes, *Sempronius Plotii heres esto*, il a voulu substituer vulgairement Sempronius à Plotius.

Hors ces deux cas, l'Institution est absolument nulle et dérisoire. *Sin autem neque ipsè testator Plotio heres extitit, neque Plotium heredem anteà scripsit, et sic Sempronium Plotio heredem esse voluit, nullius esse momenti talem Institutionem, cùm non est verisimile in suum nomen quemquam errâsse.*

[[V2. Que faudrait-il décider, si le testateur avait disposé sous un nom qui n'était pas le sien, mais qu'il portait habituellement?

V. l'article *Testament*, sect. 4; §. 2.]]

VI. Une Institution faite à l'interrogat d'autrui est-elle valable?

Cette question a long-temps partagé les opinions des jurisconsultes et les jugemens des tribunaux; mais l'ordonnance de 1735 la décide clairement pour la négative : « Lorsque le testateur (porte-t-elle, art. 5) voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions en présence de sept témoins »; ce qui est conforme à la loi 21, D. *de heredibus instituendis*, laquelle veut que le testateur prononce lui-même, en présence des té-

moins, le nom de ses héritiers : *heredes palàm ita ut exaudiri possent, nuncupandi sunt.*

Sur cette matière (traitée à fond par Furgole, *des Testamens*, chap. 5, sect. 3) *V.* l'article *Suggestion*, §. 1.

VII. Nous avons dit ci-dessus, sect. 2, qu'il y a des Institutions expresses et des Institutions tacites. Cette division suppose bien nettement qu'une Institution peut s'induire par conjectures.

Julius-Clarus, qui est de cet avis, en donne l'exemple dans une disposition conçue en ces termes : *Si ille qui ab intestato mihi successurus est, nolit esse heres, substituo Caïum.*

Crassus soutient au contraire, après plusieurs docteurs, que l'Institution doit être exprimée clairement, et que jamais on ne peut l'établir par des conjectures. Mais la loi 1, §. 5, D. *de heredibus instituendis*, et la loi 7, C. *de testamentis*, analysées ci-dessus, suffisent pour nous faire rejeter cette opinion, puisqu'elles déclarent valables des Institutions où il manque quelques-unes des paroles propres à les former, ce qui oblige de recourir aux conjectures pour pénétrer l'intention du testateur.

Il faut convenir cependant que, si l'avis de Julius-Clarus est exact, il n'en est pas de même de l'exemple qu'il en donne. Ce n'est point instituer celui qui doit être héritier *ab intestat*, que dire : « Si tel qui est mon succes-» seur légitime, ne veut pas être mon héri-» tier, je lui substitue Caïus ». Il y a bien dans cette phrase une substitution vulgaire, ou plutôt une Institution conditionnelle au profit de Caïus ; mais il ne s'y trouve pas d'Institution en faveur de l'héritier du sang : car c'est une maxime très-constante, que celui qui est dans la condition, n'est point pour cela dans la disposition. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la loi 82, D. *de heredibus instituendis : Si quis ita heres instituitur*, si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, *puto deficere conditionem testamenti, illo vindicante.* Voici la note que Cujas a mise sur ce texte : *Non vindicabit ex testamento, quoniam institutus non est; nec vocari videtur qui in conditione ponitur, sed ab intestato.*

Cette résolution souffre d'autant moins de difficulté qu'elle est expressément confirmée par plusieurs textes relativement à un cas infiniment plus douteux que celui dont on vient de parler.

Supposons que le testateur, au lieu de faire dépendre la substitution vulgaire de Caïus de l'adition qui serait ou ne serait pas faite par l'héritier du sang, l'ait, au contraire, fait dépendre de l'adition d'un étranger, comme s'il avait dit : *Si Titius ne veut pas être héritier, je substitue Caïus.* On sent la différence de cette espèce d'avec l'autre : quand il s'agit de l'héritier légitime, il n'y a aucune nécessité de présumer une Institution qui n'est pas exprimée, parceque la loi lui défère l'hérédité ; mais lorsqu'il est question d'une personne étrangère, c'est-à-dire, qui n'est pas du nombre des successeurs *ab intestat*, il semble qu'on doit présumer une Institution tacite, puisque le testateur lui donne la liberté d'exclure le substitué, ce qui ne peut se faire qu'en conséquence d'une Institution tacite ; cependant la loi 19, D. *de heredibus instituendis*, décide nettement le contraire. Un testateur avait institué plusieurs héritiers ; les portions qu'il leur avait assignées, ne comprenant pas toute l'hérédité, il avait dit : *Si Seïus* (qu'il n'avait pas institué) *n'est pas mon héritier, je veux que Sempronius le soit.* Si Seïus avait été institué dans la portion vacante, il est clair qu'à son défaut, Sempronius aurait eu le droit de la prendre : cependant la loi décide que Sempronius ne peut pas demander cette portion, parcequ'il est substitué à un homme qui n'est point institué, et qui, par conséquent, n'a ni ne peut avoir aucune part dans les biens du défunt : *Ex facto agitatum Pomponius et Arianus referunt. Si quis, vacuâ parte relictâ, ita instituerit :* Si mihi Seïus heres non erit *(quem non instituerat)*, Sempronius heres esto : *An hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat ad eam partem admitti; Aristo contrà putat, quia huic pars esset data quæ nulla esset : quam sententiam et Javolenus probat et Pomponius et Arianus, et hoc jure utimur.*

La loi 65 du même titre ajoute une nouvelle force à cette décision, en disant que, quoiqu'un testateur laisse des legs payables par une personne qu'il n'a point instituée, on ne doit point supposer ni présumer une institution tacite en faveur de cette personne ; mais que les legs doivent demeurer sans exécution : *Hereditas ad statum primum nullo jure pertinet, cùm institutus heres non sit; nec quidquam se prodest quod ab eo aliquid legatum est, aut libertus ei defuncti testamento commendatus est, ex quo manumissus non est, servus est.*

Il faut donc une disposition pour qu'on puisse être censé institué : la simple charge d'une substitution directe, d'un fidéicommis, d'un legs, ne suffit pas pour faire conjecturer ni sous-entendre une Institution en faveur du grevé.

VIII. Puisque les mots, *Si Seius n'est pas mon héritier, erit,* ne renferment point d'Institution en faveur de Seius même, il faut à plus forte raison dire la même chose de ceux-ci : *Je déshérite mon fils, s'il ne revient pas dans un tel temps :* cette disposition, qui est purement négative et privative, ne peut point être convertie en affirmative. Si donc le fils revient dans le temps fixé par le testateur, on pourra, à la vérité, dire qu'il n'est pas exhérédé; mais il ne sera pas non plus censé institué, et le testament du père pourra être argué du vice de prétérition.

IX. Peut-on faire une institution par des paroles simplement énonciatives?

La loi 19 D. *de heredibus instituendis,* que nous venons de rapporter, n°. 9, a fourni aux interprètes un argument pour la négative; et la loi 34, D. *de legatis* 2°. confirme leur opinion. Dans le cas de ce texte, un homme faisant un codicille, charge sa fille d'affranchir un de ses esclaves, attendu qu'il l'a abondamment dédommagée par le legs qu'il lui a fait dans le même acte, de plusieurs de ses propres esclaves : *A te autem Mœvia, carissima filia, peto ut Stichum servum tuum manumittas, cùm in ministerio tuo tot capita servorum tibi his codicillis legavero.* Cependant le codicille ne contient aucun legs d'esclaves en faveur de sa fille, et sur ce fondement, la loi décide que celle-ci ne peut rien prétendre en vertu de l'énonciation du testateur. (*V.* l'article *Substitution fidéicommissaire,* sect. 8, n°. 2.)

Furgole fait, à ce sujet, une observation qui mérite d'être placée ici :

« Les docteurs qui nous donnent des théories, ne nous enseignent guère la pratique et l'usage; c'est néanmoins ce qu'il y a de plus utile. On se tromperait si, sous prétexte de la règle des auteurs que l'Institution ne peut pas être faite par des paroles énonciatives, on s'imaginait qu'une Institution faite par testament, où le testateur dirait : *J'ai institué un tel,* serait simplement énonciative, et par conséquent inutile; car, dans ce cas, le testateur fait l'Institution lorsqu'il dit qu'il l'a faite. C'est de cette façon que presque tous les testamens sont conçus, et le passé est mis pour le présent. La loi 61, D. *de heredibus instituendis,* déclare une exhérédation bonne, quoique le testateur en la faisant, se fût exprimé au prétérit : *Te autem, filia, ideò exheredavi, quoniam contentam te esse dote volui; quæro an efficaciter exheredata sit? Modestinus, respondit nihil proponi, cur non esset voluntate testatoris exheredata.*

» Mais on devrait regarder comme une simple énonciative si le testateur, dans un codicille, faisant un legs à quelqu'un, payable par un héritier qu'il dirait avoir institué dans son testament, et que néanmoins il n'aurait pas institué; car cette énonciative ne vaudrait, ni comme institution directe, ni comme fidéicommis, parcequ'elle ne serait point une disposition, mais une simple énonciative, par rapport à l'héritier ».

X. Parmi les Institutions que vicie le mauvais choix ou l'arrangement informe des paroles, les interprètes en remarquent une qu'ils appellent *perplexe,* parceque les termes dans lesquels elle est conçue, sont tournés de manière que jamais elle ne peut avoir son effet. La loi 16, D. *de conditionibus Institutionum,* en contient tout ensemble la formule et la proscription : SI TITIUS HERES ERIT, SEIUS HERES ESTO; SI SEIUS HERES ERIT, TITIUS HERES ESTO : *Julianus inutilem esse Institutionem scribit, cùm conditio existere non possit.*

Il en serait autrement d'une Institution conçue en cette forme : *Si Titius heres erit, Seius heres esto, Titius heres esto.* Le testateur serait censé, dans ce cas, avoir voulu faire deux héritiers, sous la condition néanmoins qu'il plût à l'un d'eux d'accepter son testament : ainsi Titius se portant héritier, Seius deviendrait de plein droit son cohéritier et partagerait la succession avec lui : c'est la décision expresse de la loi 3, §. 2, *de heredibus instituendis,* au Digeste : *si quis ita scripserit,* si Titius heres erit, Seius heres esto, Titius heres esto, *quasi quævis conditio expectatur Titii aditio ut Seius heres fiat, et sanè et Juliano et Tertulliano hoc videtur.*

XI. *Les Institutions captatoires* sont encore du nombre de celles que les lois proscrivent.

On n'entend point, par ces mots, des dispositions captées par artifice, par fraude, par suggestion; mais des dispositions par lesquelles un testateur cherche à s'attirer des libéralités de la part de celui au profit duquel il les fait. Telle serait une institution ainsi conçue : *J'institue Titius pour la même portion dans laquelle il me fera son héritier.*

Pourquoi une pareille disposition est-elle nulle? ce n'est pas précisément parceque le testateur l'emploie pour capter la libéralité d'autrui, au lieu d'en faire l'instrument et comme le canal de la sienne; la condition dont elle dépend est attachée à la volonté secrète d'un étranger, ce qui, comme on le verra ci-après, est contre l'essence des Ins-

titutions. La loi 70, D. *de heredibus instituendis*, est là-dessus très-formelle: *Captatorias Institutiones non eas senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.*

Les soldats eux-mêmes sont soumis à la défense de faire des Institutions captatoires : *Captatorias Institutiones etiam in militis testamento nullius esse momenti manifestum est*, disent les empereurs Dioclétien et Maximilien, dans la loi 11, C. *de testamento militis.*

Quelques interprètes, et entre autres Ruinus, en son conseil 20, liv. 2; le président Favre, en son Code, liv. 6, tit. 6, soutiennent qu'une Institution faite en ces termes : *Si Titius m'institue son héritier, je veux qu'il soit le mien*, quoique visiblement captatoire, n'est point nulle.

Les lois, suivant eux, ne réprouvent l'Institution captatoire, qu'autant que la condition sous laquelle elle est faite, se trouve tellement impliquée dans la disposition du testateur, qu'il ne soit pas possible de l'en séparer, comme dans cette phrase : *Quantâ ex parte Titius me heredem instituet, ex tantâ heres esto.* Il est sensible, disent-ils, qu'en retranchant de cette Institution ce qui s'y trouve de captatoire, le reste ne peut pas faire connaître à quelle partie de l'hérédité Titius doit être censé appelé; il faut donc rejeter la disposition entière : *Non quidem ex meâ juris ratione*, ajoute M. Favre, *sed ex senatus-consulto quod in eam rem nominatim factum est; nam antè senatus-consultum permissæ erant hujusmodi Institutiones.*

Mais, continue le même jurisconsulte, si le testateur s'est ainsi exprimé : *Titius, si me heredem instituet, heres esto*, cette Institution est, à la vérité, tout à la fois conditionnelle et captatoire; mais la condition dont elle dépend, peut être séparée de la disposition; car, en retranchant les mots, *si me heredem instituet*, il restera encore ceux-ci, *Titius heres esto*, qui forment un sens par eux-mêmes. Il faut donc rejeter la condition, et laisser subsister la disposition, parcequ'la condition étant condamnée par le législateur, doit être regardée comme impossible, et que par conséquent c'est le cas de la règle établie par la loi 1, D. *de conditionibus Institutionum sub impossibili conditione vel alio modo factam Institutionem placet non vitiari.*

Il y a beaucoup de subtilité dans ces raisonnemens : mais une réflexion bien simple suffit pour les détruire: c'est que les Institutions captatoires sont uniquement réprouvées, parcequ'elles sont faites sous des conditions dépendantes de la volonté secrète d'autrui : *Quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis*, dit la loi 70, D. *de heredibus instituendis*, déjà citée plus haut. Il importe donc peu que la condition puisse, en cette matière, être séparée de la disposition, ou qu'elle ne le puisse pas; le tour de phrase est indifférent à la chose : dès qu'il se trouve dans une condition captatoire, ce que les lois appellent *collatio in secretum alienæ voluntatis*, la disposition doit être annulée. La règle *conditio turpis vel impossibilis vitiatur et non vitiat in ultimis voluntatibus*, n'est pas contraire à cette résolution; car une condition captatoire n'est ni impossible ni honteuse : *Nihil enim proponitur*, dit Covarruvias, qui est de cet avis, *cur heres ab aliquo institutus non possit eumdem heredem instituere.* Fachinée soutient aussi cette opinion, et il cite un jugement de la rote romaine, qui y est conforme.

Nous avons dit que l'Institution captatoire n'est pas précisément nulle, parceque le testateur s'en sert pour capter une libéralité semblable à celle qu'il fait : et cela est si vrai qu'elle peut ne point avoir directement cet objet, sans en être pour cela plus valable. La loi 71, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, nous en fournit un exemple : *Sed illud quæri potest an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captationem direxerit, veluti si ita scripserit.* : Titius si Mævium tabulis testamenti sui heredem à se scriptum ostenderit, probaveritque, heres esto. *Quod in sententiam senatus-consulti incidere non est dubium.* On voit que, dans cette espèce, la disposition annulée par la loi, ne tend pas à procurer au testateur, mais à un tiers, une libéralité semblable à la sienne : la nullité ne peut donc venir que de ce que la condition captatoire est attachée au secret de la volonté d'autrui.

Il faut même observer que, si la disposition n'était pas proprement conditionnelle, et ne dépendait pas d'un événement futur, elle ne serait pas nulle, comme s'il était dit : *J'institue Titius en la même portion en laquelle il m'a institué.* La raison en est que, dans ce cas, la disposition ne dépend point de la volonté d'un étranger, mais d'un événement qui doit être arrivé. La loi 71, *D. de heredibus instituendis*, est formelle sur ce point: *Illæ autem Institutiones captatoriæ non sunt, veluti si ita heredem quis instituat*, quâ ex parte Titius me heredem instituit, ex parte Mævius heres esto, *quia in præ-*

teritum, non in futurum Institutio collata est.

Il est vrai que si, dans cette hypothèse, le testateur n'avait pas été institué précédemment par Titius, l'Institution de Mévius serait nulle; mais ce serait par un effet naturel de la modification que le testateur y a apposée, ou, si l'on veut, de la condition impropre sous laquelle il l'a faite; car on n'appelle proprement condition que celle qui a trait à l'avenir. La loi 2 et la loi 81, §. 1, du même titre confirment ce que nous avançons. Voici les termes de la dernière: *Si ita scripserit testator,* quantâ ex parte me à Titio heredem institutum recitassem, ex eâ parte Sempronius mihi heres esto, *non est captatoria Institutio. Planè nulla recitato testamento ab ipso testatore, inanis videbitur Institutio, remotâ suspicione captatoriæ Institutionis.*

Si le testateur a compris plusieurs héritiers dans une Institution semblable à celle dont parle ce texte, ceux d'entre eux qui l'auront institué antérieurement à la date de son testament seront admis à lui succéder; et ceux qui ne l'auront pas fait, ne recueilleront rien de son hérédité. C'est ce que décide la loi 29 du titre que nous venons de citer: *Hoc articulo* quisque, *omnes significantur: et ideò Labeo scribit, si ita scriptum sit:* Titius et Seius, quantâ quisque eorum ex parte heredem me habuerit scriptum, heres mihi esto: *Nisi omnes habeant scriptum heredem testatorem, neutrum heredem esse posse; quoniam ad omnium factum sermo refertur: in quo puto testatoris mentem rescipiendam. Sed humanius est eum quidem qui testatorem suum heredem scripserit, in tantam partem et heredem fore: qui autem eum non scripserit, nec ad hereditatem ejus admitti.*

Il n'est pas besoin d'observer qu'on ne doit pas mettre au nombre des Institutions captatoires, celles que deux ou plusieurs personnes liées entre elles par une amitié réciproque, font dans le même temps au profit les unes des autres. C'est ce que décident clairement ces termes de la loi 70, D. *de heredibus instituendis,* citée plus haut: *Captatorias Institutiones non eas senatus improbavit quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt.* De là vient qu'avant l'abrogation des testamens conjonctifs, prononcée par l'ordonnance de 1735, il était permis à des époux d'instituer par le même acte celui des deux qui survivrait à l'autre. [[*V.* l'article *Donation,* sect. 11.]]

XII. Le testament étant, suivant la définition qu'en donne Justinien, l'expression légitime de ce que l'homme veut être fait après sa mort, il est clair que l'Institution d'héritier dont cet acte tire toute sa force, doit émaner directement de la volonté du testateur. Si donc celui-ci commettait à un tiers le choix de ses héritiers, ce serait une Institution nulle: *Illa Institutio,* quos Titius voluerit, *ideò vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere,* dit la loi 32, D. *heredibus instituendis.* On trouve dans le recueil d'Albert un arrêt du parlement de Toulouse, du mois de mars 1645, conforme à ce texte; et l'exécution en a été ordonnée pour l'Alsace, par une déclaration du roi, qu'on trouvera ci-après, sect. 5, §. 1, nº. 18.

Il en serait de même d'une Institution faite sous la condition, *si un tel le veut.* La loi 68 du même titre porte: *si quis ita scripserit.* Si Titius voluerit Sempronius heres esto, *non valet institutio* (1).

Cependant, comme il arrive quelquefois que les dispositions tacites n'ont pas le même effet que les dispositions expresses, suivant la règle *expressa nocent, non expressa non nocent,* on tolère l'Institution que le testateur fait dépendre indirectement de la volonté d'autrui. Par exemple, lorsqu'il est dit: *J'institue Sempronius, si Caïus monte au Capitole,* il est certain qu'il est au pouvoir de Titius de monter ou de ne pas monter au Capitole, et conséquemment d'anéantir ou réaliser l'Institution; néanmoins cette disposition ne laisse pas d'être valable, parceque ce n'est pas purement et simplement qu'elle est conférée à la volonté de Titius, mais seulement d'une

(1) Il paraît à quelques interprètes que le droit canonique s'écarte sur ce point du droit civil. En effet, le chap. 15, *extrâ, de testamentis,* semble permettre au testateur de laisser sa dernière volonté à la disposition d'un tiers: *In secundâ quæstione dicimus quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.* Mais le cas de ce texte est tout-à-fait particulier; et c'est à tort qu'on en a inféré une prétendue dérogation aux lois romaines, qui condamnent les dispositions remises à une volonté étrangère. *Verius videtur,* dit Zoëz, *non velle ibi pontificem talem simpliciter esse testatum, sed haberi pro tali in aliquo casu, scilicet ad exclusionem episcopi, cui decedentium ab intestato bonorum dispositio erat demandata,* cap. 18, de verb. signif., *cujus pars est dictum,* cap. 3, *cùm sit ejusdem pontificis rescriptum ad eundem episcopum, qui proindè frustrà dispositionem sibi adrogabit alteri per defunctum commissam qui eatenùs non est intestatus.*

manière indirecte, ou si l'on veut, parceque ce n'est pas la volonté de Titius que l'on considère, mais la condition. La loi que nous venons de citer le décide ainsi : *Si quis Sempronium heredem instituerit sub hâc conditione*, si Titius in Capitolium ascenderit : *quamvis non aliàs heres esse possit Sempronius, nisi Titius ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii; quia tamen scripturâ non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea Institutio...; quædam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent, quandò si verbis tangantur, eamdem significationem habeant, quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt.*

L'Institution est encore valable, quoique laissée à la volonté d'un tiers, lorsqu'il paraît que l'intention du testateur a été de s'en rapporter à lui, *tanquam in arbitrium boni viri :* dans ce cas, si l'avis du tiers n'est pas conforme à la raison et à l'équité, l'institué peut faire ordonner qu'il sera convenu d'un autre arbitre, pour juger s'il doit recueillir l'hérédité ou non, parceque, dit Ricard, « le testateur n'est pas censé avoir con» sidéré la volonté de ce particulier, mais la » justice et l'équité en général, qu'il faut en » conséquence chercher suivant son inten» tion ». C'est ce que décident pour les legs, la loi 75, D. *de legatis* 1°.; la loi 1, §. 1, D. *de legatis* 2°.; et la loi 11, D. *de legatis* 3°., dont plusieurs interprètes, entre lesquels on remarque Paul de Castro, ont étendu la disposition aux Institutions d'héritier.

On peut aussi faire une Institution de manière qu'elle dépende de la volonté de celui en faveur duquel elle est faite par forme de condition, comme s'il est dit : *J'institue Titus, mon héritier, s'il le veut.* Et cette Institution est valable, même par rapport aux enfans *siens* qu'on doit d'ailleurs instituer purement et simplement : la loi 86, D. *de heredibus instituendis*, et la loi 12, D. *de conditionibus Institutionum*, en contiennent une décision précise.

Un testateur peut encore donner pouvoir à un tiers de lui nommer pour héritier une personne dont il lui laisse le choix dans un nombre déterminé d'individus, parceque, dans ce cas, la substance de la disposition ne dépend pas de la volonté de celui à qui ce pouvoir a été confié, et que d'ailleurs il n'y a pas une incertitude absolue dans la personne de l'héritier : *nec enim*, dit la loi 7, §. 1, D. *de rebus dubiis*, au sujet du fidéicommis, *nec enim in arbitrio ejus qui rogatus est positum est omninò velit restituere, sed cui potiùs restituat; plurimum enim interest utrùm in potestate ejus quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.*

La jurisprudence des tribunaux a toujours été conforme à cette décision.

Nous avons rapporté au mot *Dévolution*, §. 2, n°. 13, un arrêt du grand conseil de Malines, du 30 juin 1623, et deux autres du parlement de Flandre, des 6 juin 1699 et 23 mai 1707, qui ont déclaré valables les Institutions faites par des époux, au profit de ceux de leurs enfans qui seraient choisis par les survivans.

Ricard en rapporte un autre du parlement de Paris, du 7 juillet 1642, « par lequel » (dit cet auteur) une Institution d'héritier » faite par une femme de celui de ses enfans » qu'il plairait à son mari de choisir, a été » confirmée, et en conséquence les biens ad» jugés au fils que le père avait nommé par » son testament, en exécutant le choix que sa » femme avait laissé à sa disposition par le » sien ».

Les mémoires de du Tillet nous offrent un ancien exemple d'une disposition de cette nature, dans un extrait du testament de Louis II, duc de Bourbon, comte de Clermont, fait le 20 février 1375. On voit dans cet acte que le testateur avait institué sa sœur, la reine de France, pour son héritière, et que, dans le cas où elle serait venue à décéder avant lui, il avait institué l'un de ses enfans, tel qu'il plairait au roi Charles V de choisir, à la charge de porter le nom et les armes de Bourbon.

[[*V.* les articles *Choix*, §. 1, et *Légataire*, §. 2, n°. 18.]]

XIII°. L'Institution d'héritier ne peut point être faite pour n'avoir lieu que jusqu'à un certain temps, ou pour commencer seulement à une certaine époque. La loi rejette ces modifications, et permet à l'institué de prendre l'hérédité, comme si le testateur en avait disposé purement et simplement. Cette doctrine, fondée sur la maxime qu'on ne peut mourir *partim testatus, partim intestatus*, et qui par conséquent ne peut avoir lieu que dans les pays de droit écrit, est nettement établie par le §. 9, Inst. *de heredibus instituendis*, conçu en ces termes : *Heres purè et sub conditione potest institui : ex certo tempore aut ad certum tempus non potest; veluti*, post quinquennium quàm moriar, vel ex calendis illis, vel usque ad calendas illas, heres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, et perindè esse ac si purè heres institutus esset.*

Cependant le testateur peut empêcher indirectement son héritier de recueillir sa succession avant un certain temps ; il n'a pour cela qu'à lui imposer une condition : l'effet de l'Institution demeurera suspendu jusqu'à ce que la condition soit arrivée.

Il paraît d'abord singulier qu'on puisse instituer sous condition, et qu'on ne puisse pas le faire directement *ex certo tempore ;* mais cette différence est très-conséquente.

S'il était permis d'instituer *ex certo tempore*, le testateur serait sans héritier testamentaire pendant tout le temps qui s'écoulerait entre son décès et le terme où l'Institution doit avoir son effet; et conséquemment on pourrait dire qu'il est décédé *partim testatus, partim intestatus.*

Le cas d'une Institution conditionnelle est bien différent : lorsque la condition arrive, elle donne à l'institué les mêmes droits qu'il aurait eus, au moment du décès du testateur, si le testament avait été pur et simple; et par le moyen de cet effet rétroactif, le défunt est censé n'avoir point été sans héritier dans l'intervalle de sa mort à l'événement de la condition.

Le principe qu'on peut souvent faire indirectement ce qu'on ne peut pas faire directement, se vérifie encore dans les Institutions *ad certum tempus.* On vient de voir qu'elles sont réprouvées; cependant il est certain qu'un testateur peut, en chargeant son héritier de fidéicommis, limiter à un certain espace de temps la jouissance et l'exercice des droits qu'il lui transmet.

C'est aussi ce qu'il est présumé faire, lorsqu'il institue une personne pour le temps qu'elle doit vivre, et une autre après sa mort. Dans ce cas, le premier institué sera vraiment héritier ; le second sera considéré comme fidéicommissaire, et la deuxième Institution n'aura que l'effet d'une substitution oblique. C'est ce qu'établit Guypape, quest. 308.

XIII². Cette matière nous présente quelques questions intéressantes.

Supposons qu'un testateur ait dit : « J'institue ma femme dans l'usufruit de mes biens, » et après sa mort j'institue Sempronius ». Là-dessus on demande, 1°. si la femme doit être réputée héritière universelle; 2°. si Sempronius sera censé institué purement et simplement, ou sous condition?

Sur la première question, ce qui pourrait faire pencher pour l'affirmative, c'est que l'Institution *in re certâ*, telle qu'est celle qui est faite en faveur de la femme, semblerait devoir être convertie en Institution universelle, suivant les règles établies ci-dessus, sect. 2. Mais une raison péremptoire pour la négative, est que la conversion de l'Institution particulière en universelle, n'a lieu que dans le cas où l'institué *in re certâ* n'a point de coinstitué dans l'universalité ou dans une quote de l'hérédité. Or, il y a dans notre espèce un vrai héritier universel, qui est Sempronius ; la femme doit donc être bornée à l'usufruit compris dans la disposition faite en sa faveur. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre du 17 janvier 1697, rapporté par Pollet; l'espèce en est simple, mais remarquable. Le sieur Destriés avait laissé l'usufruit de tous ses biens à Marie Dubois, sa sœur; et il avait institué héritier universel, après la mort de cette femme, Nicolas-François Bernard, son fils, avec substitution jusqu'à la troisième génération. Dans la suite, il s'est élevé des difficultés pour savoir si les degrés de cette substitution étaient remplis : ceux qui soutenaient l'affirmative, prétendaient que Marie Dubois avait fait un degré, mais l'arrêt a jugé le contraire; et par-là, il a été décidé qu'elle n'avait point été propriétaire, ni conséquemment instituée.

Sur la seconde question, Corneus, Aretinus, Covarruvias, Mantica, Fachinée, soutiennent que Sempronius est censé institué sous la condition de survivre à la femme du testateur. Il est constant, disent-ils, que, dans les testamens, le jour incertain tient lieu de condition ; la loi 75, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, y est formelle : or, dans l'espèce dont il s'agit, l'Institution de Sempronius est faite à jour incertain, puisque le temps de la mort de l'institué dans l'usufruit, est la chose du monde la moins certaine : on peut donc dire que Sempronius est institué conditionnellement. Ainsi, continuent les mêmes jurisconsultes, ou Sempronius survivra la femme du testateur, ou il mourra avant elle : au premier cas, il sera censé héritier du moment même de l'ouverture de la succession, parceque l'événement de la condition a toujours un effet rétroactif au décès du testateur. Dans le second cas, la disposition faite à son profit sera considérée comme non écrite, et la femme deviendra héritière universelle, parceque son Institution *in re certâ* sera réputée la seule contenue dans le testament.

Ces raisons ont une apparence de solidité qui séduit au premier abord ; mais il est aisé d'en faire voir le peu de fondement.

Le point d'où il faut partir est que, dans notre espèce, on ne peut attribuer à la femme d'autre qualité que celle de légataire, et les auteurs cités en conviennent eux-mêmes : or,

si l'on considérait l'Institution de Sempronius comme conditionnelle, il serait impossible que le legs eût le moindre effet; tout legs doit être délivré par l'héritier, suivant le §. 1, Inst. *de legatis;* et conséquemment ce n'est que du jour de l'adition d'hérédité que la demande peut en être faite. Si donc Sempronius était censé institué sous la condition dont il s'agit, ce ne serait qu'à la mort de la femme que pourrait commencer l'usufruit dont elle est légataire, et il faudrait dire que le testateur ne le lui a laissé que pour en jouir à cette époque. Mais qui ignore qu'un legs de cette espèce finit toujours au décès de celui qui en a été gratifié? Ne voyons-nous pas la loi 52, D. *de usufructu*, déclarer inutile et dérisoire une disposition conçue en ces termes: *Titio cùm morietur usumfructum do, lego*, par la raison que *in id tempus confertur ususfructus quo à personâ discedere incipit?* Encore une fois, le legs contenu dans l'Institution particulière de la femme, serait donc absolument nul, si l'intention du testateur avait été de faire dépendre l'Institution universelle de Sempronius, de la condition de sa survie. Cependant il est certain qu'il faut toujours interpréter les actes quelconques, et surtout les dispositions de dernière volonté, de la manière la plus propre à les faire subsister: *cum in testamento ambiguè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari, et secundùm id quod credibile est cogitatum, credendum est*, dit la loi 24, D. *de rebus dubiis*. Il faut donc dire que le testateur, en voulant que sa femme eût l'usufruit de ses biens, a aussi voulu instituer Sempronius purement et simplement; c'est une suite de la règle: *qui vult consequens, velle censetur antecedens;* s'il a fait mention du temps de la mort de sa femme dans l'Institution de Sempronius, son but n'a point été pour cela de suspendre cette Institution, mais seulement d'en retarder les effets utiles, qui consistent dans la perception des fruits, et de manifester d'autant mieux son intention relativement à la durée de la jouissance viagère qu'il laissait à sa femme.

Si, après avoir dit: « J'institue ma femme » dans l'usufruit de mes biens » le testateur, au lieu d'ajouter, « et après sa mort j'institue Sempronius », se servait de ces termes: « et » après sa mort je lui substitue Sempronius, » *ou* je la charge de rendre mon hérédité à » Sempronius », la femme serait vraiment héritière, et Sempronius simple fidéicommissaire, parceque l'une serait seule instituée *in re certâ*, et que l'autre devrait recevoir la succession de la main de la femme à laquelle il serait substitué.

Mais si le testateur disait: « J'institue ma » femme dans l'usufruit de mes biens, et je » veux qu'après sa mort, mon hérédité ap- » partienne ou parvienne à Sempronius », il semble au premier abord que l'on ne pourrait plus reg arder celui-ci comme appelé par des expressions obliques et propres à caractériser une substitution fidéicommissaire. En effet, suivant la loi 48, D. *de heredibus instituendis*, les mots, *appartenir, parvenir*, peuvent former une Institution directe: *His verbis*, Titius hereditatis meæ dominus esto, *rectè Institutio fit.* Il paraîtrait donc que Sempronius dût être réputé *institué* purement et simplement dans le sens propre de ce mot; et que, par une conséquence nécessaire, l'Institution particulière de la femme ne dût valoir que comme un legs.

[[Mais, là-dessus, voyez mon *Recueil de questions de droit*, aux mots *Substitution fidéicommissaire*, §. 5, 6 et 7.]]

XIV. Voilà tout ce qui concerne les Institutions faites *ex certo tempore* ou *ad certum tempus*, dans les testamens ordinaires. Il nous reste à observer que les soldats, lorsqu'ils testent militairement, ont le privilége de faire des Institutions de cette espèce, et qu'elles sont exécutées à la lettre, par la raison que la règle *nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus*, n'a point lieu dans les successions militaires. La loi 41, D. *de testamento militis*, ne laisse là-dessus aucun doute: *Miles ita heredem scribere potest:* Quoad vivit Titius, heres esto; post mortem ejus, Septitius. *Sed si ita scripserit*, Titius usque ad annos decem heres esto; *remine substituto, intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem, his consequens est ut antequàm dies veniat, quo admittatur institutus intestati, hereditas deferatur.*

[[Le privilége que les lois romaines accordaient sur ce point aux testamens militaires, est aujourd'hui commun à tous les testamens. L'Institution d'héritier s'identifiant aujourd'hui avec le legs universel, il est clair qu'on peut instituer un héritier pour un certain temps, comme on a toujours pu limiter à un certain temps la durée et l'effet d'un legs, soit universel, soit particulier.]]

XV. Une disposition conçue en ces termes: « Je donne, je lègue, je laisse mon hérédité » à Titius, » forme-t-elle une Institution ou un legs?

La loi 48, D. *de heredibus instituendis*, déjà citée à la fin du n°. 13, répand un grand

jour sur cette question : elle décide qu'on fait une Institution valable en disant *Titius hereditatis meæ dominus esto.* Or, celui qui, par son testament, donne, laisse ou lègue son hérédité à quelqu'un, n'a certainement point d'autre but que d'en rendre maître celui qu'il désigne; sa disposition fait donc réellement un héritier. Cela est si vrai que Cujas ne définit l'Institution que par les mots *datio successionis.*

Mais un testateur qui donnerait ou léguerait tous ses biens, ne ferait pas un héritier : l'hérédité embrasse tous les droits actifs et passifs : le mot *biens* ne comprend que ce qui reste après la déduction des charges et des dettes : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt,* dit la loi 39, §. 1, D. *de verborum significatione.* Il y a donc lieu de dire, avec Furgole, « que les auteurs qui ont » pensé qu'on devait considérer comme une » Institution d'héritier la disposition par la- » quelle un testateur laisse l'universalité de » ses biens, n'ont pas raisonné exactement » sur les principes du droit romain ».

[[*V.* l'observation qui termine le n°. précédent.]]

XVI. Il n'y aurait pas non plus Institution, mais simple legs, si un testateur léguait ou donnait à quelqu'un l'hérédité d'un tiers qu'il aurait recueillie. Ce legs serait sujet à délivrance, comme toutes les autres dispositions du même genre; et il obligerait le légataire qui prendrait l'émolument de cette hérédité, d'en supporter les charges, au moins celles qui ne seraient pas encore acquittées au moment du décès du testateur. Ecoutons Papinien, dans la loi 76, §. 1, *de legatis 2°*, au Digeste : LUCIO SEMPRONIO LEGO OMNEM HEREDITATEM PUBLII MÆVII. *Sempronius ea demùm onera suscipiet quæ Mævianæ hereditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui heres Mævii extitit, perseveraverunt; sicut vice mutuâ præstabuntur actiones quæ prestari poterunt.*

SECTION V. *Du nombre et de la qualité des personnes que peut comprendre une Institution d'héritier.*

I. Les testateurs ont la liberté d'instituer autant d'héritiers qu'il leur plaît : *Unum hominem et plures usque in infinitum, quot quis heredes velit facere,* dit Justinien en ses Institutes, §. 4, *de heredibus instituendis.*

Il ne faut cependant pas inférer de là qu'un testateur puisse instituer tous les hommes qui sont dans le monde; une telle Institution serait, à la vérité, inattaquable dans la rigueur des principes; mais elle serait inutile, parce-qu'on la considérerait comme dérisoire, et que l'exécution en serait impossible. On peut voir là-dessus Grassus, §. *Institutio,* quest. 13 : et Manzius, *de Testamento,* tit. 6, quest. 11.

II. On doit regarder comme habiles à être institués par testament, tous ceux qu'aucune loi n'en déclare incapables. [[*Code civil,* art. 902.]]

Il y a, sur cette matière, deux sortes d'incapacités : l'une absolue, l'autre respective. La première ferme à celui qui en est frappé, la voie à toutes successions testamentaires, quels que soient les rapports qui peuvent se trouver entre lui et l'instituant; la seconde ne prive celui qu'elle affecte, que de la capacité d'être institué par certains testateurs.

Nous allons donner le détail de tout ce qui concerne l'une et l'autre espèce d'incapacité, et en même temps résoudre les doutes qui pourraient s'élever sur l'habileté de certaines personnes.

Nous examinerons, après cela, quel temps il faut considérer pour savoir si une personne est capable ou incapable.

§. I. *Des personnes absolument incapables d'être instituées héritières, et de celles qui jouissent de la capacité contraire.*

I. Un testateur peut-il instituer des personnes qui lui sont tout-à-fait étrangères, qu'il ne connaît pas, et qu'il n'a jamais vues?

L'affirmative ne souffre aucun doute : *Extraneum etiam penitùs ignotum heredem quis instituere potest,* dit la loi 11, C. *de heredibus instituendis.* Le paragraphe dernier du même titre, dans les Institutes, porte : *Ii quos nunquam testator vidit, heredes institui possunt..... Ignorantia enim testantis inutilem Institutionem non facit.*

II. C'est une question si tous ceux qui sont incapables de tester, sont par cela seul incapables d'être institués, ou, en d'autres termes, si l'on peut, en cette matière, argumenter de l'incapacité active à l'incapacité passive.

La négative est incontestable. Les fils de famille, les esclaves d'autrui, les sourds et muets, les interdits pour cause de démence et de prodigalité, les pupilles sont certainement inhabiles à disposer de leurs biens par la voie d'Institution testamentaire; et cependant ils peuvent être institués : c'est ce que prouvent la loi 16, D. *qui testamenta facere possunt; le* §. 4, Inst. *de heredum qualitate et differentiâ,* et la loi 5, §. 1, D. *de acquirendâ hereditate.*

III. Un posthume peut-il être objet d'une Institution testamentaire?

Il faut distinguer le posthume *sien* du posthume *étranger*.

A l'égard du premier, non-seulement il peut être institué, mais il doit nécessairement l'être; car s'il était prétérit, sa naissance romprait le testament de son père, de son aïeul, ou de tout autre ascendant. Les lois 8 et 12, D. *de injusto, rupto et irrito testamento*, le décident formellement. [[Mais *V.* l'article *Prétérition*.]]

Quant au posthume étranger, les jurisconsultes romains paraissent sous-distinguer si la mère qui le porte dans son sein, est habile à contracter mariage avec le testateur, ou non : au premier cas, il est sans contredit capable d'être institué; mais il semble, au premier abord, que le contraire ait lieu dans le second cas. Voici ce que porte à ce sujet le §. 28, Inst. *de legatis : Posthumus autem alienus heres institui et anteà poterat et nunc potest, nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest.* La loi 9, §. 1, D. *de liberis et posthumis*, porte également : *Si ex eâ quæ alii nuptâ sit posthumum quis heredem instituerit, ipso jure non valet, quòd turpis sit Institutio.*

Cette loi parait fort singulière.

Furgole dit « qu'on ne doit pas en induire » qu'on ne peut pas instituer le posthume » étranger qui est dans le sein de sa mère, » que le testateur ne peut pas épouser : il » faut que la circonstance du mauvais com- » merce avec le testateur se vérifie; autre- » ment, ce ne serait plus *turpis Institutio*, » qui est la raison décisive de ce texte ».

Ferrière, sur les Institutes, pense que le droit romain défendait généralement d'instituer un posthume étranger, à moins qu'il n'eût été conçu d'une femme que le testateur eût pu épouser; néanmoins, ajoute cet auteur, dans toute la France on le peut : par exemple, un homme peut instituer un posthume d'une femme mariée, ou d'une de ses parentes au degré prohibé; mais, continue-t-il, on ne peut instituer héritier, ni faire légataire universel, un posthume de sa concubine, parcequ'en France les bâtards sont incapables de dispositions universelles de la part de leurs pères et de leurs mères.

Il y a tout lieu de croire que ces deux auteurs ont mal entendu les textes relatifs à notre question. Comment les jurisconsultes romains auraient-ils pu annuler l'Institution faite au profit d'un étranger conçu du vivant, et né après la mort du testateur, sous le seul prétexte que la mère de l'institué n'aurait pas pu épouser l'instituant? Quel rapport pouvait avoir à leurs yeux un empêchement de mariage entre personnes qui n'avaient ensemble aucune espèce de commerce, et une libéralité faite par un homme aux enfans d'une de ses parentes au degré prohibé? Il faut convenir que le droit romain mériterait bien peu de considération, s'il renfermait des dispositions aussi peu conséquentes que le sont celles qu'on lui attribue sur cette matière. Cherchons donc à concilier avec le bon sens les textes que nous venons de rapporter.

Quand ces textes disent qu'on ne peut point instituer le posthume étranger dont on est incapable d'épouser la mère, qu'entendent-ils par *posthume étranger?* Un enfant engendré par un autre que le testateur, et né après le décès de celui-ci? Non. Le mot *étranger* n'est employé dans ce cas que par opposition au mot *sien* : c'est ce qu'annoncent bien clairement ces termes du §. 27, Inst. *de legatis : est autem alienus posthumus qui natus inter suos heredes, futurus non est.* Cette expression *posthume étranger*, désigne donc ici un enfant engendré par le testateur lui-même, mais qui ne doit pas se trouver soumis à la puissance paternelle en naissant, parceque la femme qui l'a conçu, n'est pas unie au testateur par les liens d'un mariage solennel : il désigne encore, relativement à un aïeul, l'enfant qu'un fils a conçu depuis son émancipation, comme l'indiquent ces paroles du texte qu'on vient de citer : *Ideòque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erit posthumus avo.*

Ainsi, lorsque les lois disent qu'on peut instituer un *posthume étranger*, elles décident qu'un testateur peut disposer de son hérédité au profit d'un enfant légitime, conçu par son fils émancipé, ou au profit d'un enfant naturel, conçu par lui-même. On sait que le droit romain autorisait les dispositions universelles, en faveur des bâtards simples.

Lorsqu'au contraire ces mêmes lois défendent d'instituer le *posthume étranger* dont on ne peut point épouser la mère, tout ce qu'elles donnent à entendre, c'est qu'un testateur ne peut point faire son héritier d'un enfant incestueux ou adultérin auquel il a donné l'existence : cela est conforme à la jurisprudence du Digeste et du Code, suivant laquelle les bâtards, connus sous la dénomination générale de *nefarii*, étaient incapables de recevoir des dispositions universelles de leurs pères.

Il ne faut donc pas dire que le droit romain défendait à un testateur d'instituer le posthume dont il n'était point père, lors-

qu'il n'aurait pas pu en épouser la mère. L'explication simple et naturelle que nous venons de donner, prouve assez que les législateurs de Rome n'ont jamais eu l'idée d'une pareille défense.

IV. Une question qui a partagé les suffrages des jurisconsultes, est de savoir si des enfans qui ne sont ni nés ni conçus au temps de la mort du testateur, peuvent être institués.

Avant l'ordonnance de 1735, l'opinion la plus commune et la jurisprudence des arrêts étaient pour la validité de ces sortes d'Institutions : on se fondait principalement sur la loi 64, D. *de heredibus instituendis*; laquelle permettant d'instituer l'esclave de celui qui serait né après le décès du testateur, semble faire entendre que le maître futur et à naître de cet esclave pouvait être lui-même institué, puisque la capacité de celui-ci dépendait absolument, comme nous le verrons au n°. suivant, de la personne de celui-là. On ajoutait que les lois autorisant les Institutions faites au profit des posthumes conçus du vivant du testateur, il en devait être de même de ceux dont la conception était postérieure à sa mort, parceque ces libéralités étant conditionnelles, *si nascatur, si concipiatur posthumus*, il ne fallait considérer la capacité qu'eu égard au temps de l'échéance de la condition, sans faire attention, ni au temps du testament, ni à celui de la mort du testateur.

Mais l'ordonnance de 1735 a rejeté ces raisons et a décidé, art. 49, que « l'Institution d'héritier faite par testament, ne pourra valoir en aucun cas, si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite, n'étaient ni nés, ni conçus lors du décès du testateur ».

Voici comment Sallé motive cette disposition : « il est essentiel à la qualité d'héritier institué, que cet héritier prenne la » place du défunt après sa mort, et que l'hé» rédité ne coure point risque de demeurer » vacante, et sans maître qui puisse en exer» cer les droits et acquitter les charges; or, » si celui au profit de qui l'Institution est » faite, n'était ni né ni conçu lors du testa» ment, les choses seraient exactement dans » cette position; ce serait une Institution » idéale et chimérique, puisque l'existence fu» ture de l'héritier institué ne serait pas plus » certaine que son inexistence; et par cela » même, une pareille Institution ne peut » être la base et le fondement d'un testament » en pays de droit écrit, où l'Institution d'hé» ritier en forme l'essence et le caractérise ».

Au surplus, rien ne justifie mieux la disposition de l'ordonnance sur cette matière, que ce qu'en a écrit M. le chancelier d'Aguesseau au parlement de Provence. Sa lettre est du 23 novembre 1737. En voici les termes :

« Tout ce que le parlement d'Aix présente sur l'art. 49, a été prévu et pleinement discuté avant que de former la décision contenue dans cet article. Les parlemens même qui suivent le droit écrit, n'étaient pas d'accord entre eux sur ce sujet; et ceux qui étaient pour l'avis qui a prévalu, regardaient la jurisprudence que le parlement d'Aix défend encore aujourd'hui, comme contraire aux premiers principes du droit romain. Ils avaient en effet de grandes raisons pour le soutenir; tout le progrès du droit qui est rapporté dans les remontrances de votre compagnie, peut se réduire à ce seul point. La différence que l'ancien droit civil mettait entre ceux qui étaient nés au temps de la mort du testateur et ceux qui étaient seulement conçus dans ce temps, a été enfin abolie; mais on ne trouve aucun texte dans les lois romaines par lequel il paraisse que ceux qui n'étaient pas même conçus dans le temps de la mort du testateur, aient été capables d'être ses héritiers testamentaires; et si l'on cite quelques lois pour soutenir l'opinion de votre compagnie, c'est, suivant ceux qui la combattent par des interprétations forcées, qu'on veut trouver dans ces lois ce qu'elles ne disent point en effet. La première des capacités et le fondement de toutes les autres, est l'existence; et celui qui n'est pas, ne saurait être regardé comme capable d'une succession testamentaire. L'argument qu'on tire des Institutions conditionnelles, ne détruit point ce premier principe. Il est vrai que l'incertitude de l'événement peut suspendre l'adition de l'hérédité dans le cas de ces sortes d'Institutions. Il est encore vrai que quand cet événement arrive, et que la condition se trouve accomplie, le temps intermédiaire s'efface; et que, par une fiction favorable, on présume que l'héritier institué était capable dès le temps de la mort du testateur; mais il ne s'agit, dans ce cas, que de suppléer à une capacité accidentelle ou purement civile : il y a toujours une personne existante, et par conséquent capable naturellement de recueillir les biens du testateur dans le temps de son décès. Il n'en est pas ainsi lorsqu'il s'agit d'un héritier institué, qui n'existait pas même dans ce temps; c'est alors une incapacité absolue, une incapacité naturelle et essentielle qu'on veut faire disparaître : comme si la fiction pouvait étendre ses droits jusque sur cette espèce d'incapacité. Elle peut avoir son effet par rapport à des capacités ou à des qualités purement civiles : la loi les a établies

et la loi peut aussi les faire cesser; mais ni la fiction, ni la loi, n'ont la force de vaincre la nature.

» On ne doit pas comparer non plus les legs ou les fidéicommis, ni les donations entre-vifs faites à des personnes nées et à naître, avec l'Institution d'héritier. Dans les deux premiers genres de disposition, il y a toujours au temps de la mort du testateur, ou à l'instant de la donation, une personne existante qui recueille la succession ou qui accepte la donation, et qui, profitant de la libéralité du testateur ou du donateur, ne peut refuser d'accomplir dans la suite les conditions qui lui sont imposées : mais dans le cas de l'Institution d'un héritier qui n'est ni né ni conçu lors de la mort du testateur, la disposition porte entièrement à faux; l'Institution s'anéantit de droit, par le défaut d'existence de la personne instituée; et c'est en vain qu'on veut la ressusciter dans la suite à la naissance de l'héritier institué, parcequ'il n'est pas possible de feindre qu'il a existé avant que d'être.

» Vouloir que l'hérédité vacante tienne lieu de l'héritier, non-seulement ce serait chercher un milieu entre la succession *ab intestat* et la succession testamentaire, dont l'une ou l'autre doit être déterminée au moment critique de la mort; mais ce serait donner lieu en même temps au grand inconvénient d'abandonner une succession considérable à l'administration d'un curateur qui peut durer très-long-temps, si l'on porte le relâchement jusqu'à permettre, comme les remontrances le supposent, d'instituer les enfans à naître d'un homme qui n'est pas encore marié; ce serait en même temps ouvrir la porte à tous les procès qui peuvent naître, soit sur l'emploi des fruits et revenus de la succession, soit sur les réparations des fonds ou des bâtimens, et sur tous les autres incidens qui seraient la suite inévitable d'une pareille administration.

» C'est par des considérations si puissantes, que, sans adopter tous les raisonnemens de Valla, ou d'autres jurisconsultes, on a cru devoir décider une question si abstraite, comme elle l'a été par l'art. 49 : on y a même été conduit par l'avis de plusieurs parlemens, qui avaient pensé d'abord comme celui de Provence, mais qui, ayant considéré qu'il s'agissait de faire une loi pour l'avenir, ont cru que le bien public devait faire prévaloir, en cette occasion, l'opinion contraire à leur premier sentiment. Et en effet, quand il serait vrai que la subtilité du droit pût favoriser ce sentiment, il aurait toujours été digne de la sagesse du législateur de prendre le parti le plus simple, par-là même le plus propre à prévenir les procès; ce qui est le principal objet de toutes les lois. Au surplus, dans une matière si problématique, l'essentiel pour l'intérêt public, était qu'il y eût une décision fixe et uniforme; et il ne reste que de se conformer pour l'avenir à celle que le roi a jugé la plus convenable ».

On a vu à l'article *Institution contractuelle*, que les dispositions ainsi appelées peuvent être faites directement en faveur de personnes qui ne sont pas même conçues au temps de la mort des donateurs. L'ordonnance de 1735 ne déroge point à cette jurisprudence, puisqu'elle ne parle que de l'*Institution d'héritier faite par testament*.

[[Mais il y est dérogé par le Code civil. *V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 5, nº. 4.]]

Furgole observe que la disposition de l'ordonnance de 1735 « doit avoir lieu, quand » même outre la condition tacite, *si nascatur*, l'Institution serait faite sous une condition expresse, qui aurait trait de temps » après la mort du testateur; ce qui résulte » clairement des mots, *ne pourra valoir en* » *aucun cas*; car ils ont été ajoutés pour » assujétir à la nullité les Institutions conditionnelles par disposition expresse ».

Le même auteur ajoute « que la nullité » doit avoir lieu, soit qu'un posthume étranger se trouve institué, soit que l'institution ait été faite d'un descendant du testateur, qui ne serait ni né ni conçu lors de » sa mort. Cela s'induit des mêmes paroles » dont l'article est conçu, *ne pourra valoir* » *en aucun cas*, qui ne souffrent aucune » exception, restriction, ni limitation, toutes les fois qu'il s'agira d'une institution » en faveur d'une personne non née ni conçue lors du décès du testateur ».

[[L'art. 49 de l'ordonnance de 1735 ne fait plus loi par lui-même; mais il est implicitement renouvelé par l'art. 906 du Code civil, lequel est ainsi conçu : « Pour être capable » de recevoir par testament, il suffit d'être » conçu à l'époque du décès du testateur. » Néanmoins, le testament n'aura son effet » qu'autant que l'enfant sera né viable ».

Au surplus, *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 5, nº. 6.]]

V. Les esclaves, chez les Romains, pouvaient-ils être institués héritiers?

La loi 209, D. *de regulis juris*, semblerait insinuer que non, puisqu'elle dit qu'ils étaient regardés comme morts civilement, *servitutem mortalitati ferè comparamus*. Si l'on

s'était attaché rigoureusement à cette règle, il est certain qu'ils auraient été incapables d'Institution, mais les lois en décidaient autrement; comme tout ce qu'ils acquéraient était dévolu de plein droit à leurs maîtres, elles voulaient qu'ils fussent regardés comme habiles, lorsque ceux-ci l'étaient : c'est ce que nous apprend la loi 16, D. *qui testamenta facere possunt.*

On pouvait même instituer un esclave qui faisait partie d'une hérédité non encore acceptée; il ne fallait pas pour cela que l'héritier présomptif fût capable de recevoir du testateur, la capacité du défunt suffisait. *Servus hereditarius heres institui potest, si modò testamenti factio fuit cùm defuncto, licet cum herede instituto non sit.* Ce sont les termes de la loi 52, D. *de heredibus instituendis.*

A l'égard de l'esclave qui appartenait au testateur, il ne pouvait, suivant le droit ancien, être institué par son maître, qu'autant que la liberté lui était laissée en même temps, parcequ'alors il devenait capable *ex propriâ personâ.* Mais Justinien a établi, dans la loi 5, C. *de necessariis servis heredibus instituendis*, que tout esclave institué par son maître, serait, par cela seul, déclaré libre, n'étant pas à présumer qu'un homme eût voulu laisser son hérédité à son esclave, sans vouloir en même temps lui donner la liberté, sans laquelle l'Institution serait devenue inutile.

On a exposé au mot *Héritier*, sect 2, §. 2, n°. 1, de quelle manière un esclave ainsi institué appréhendait l'hérédité.

Les serfs et les main-mortables qui existent encore dans plusieurs provinces du royaume, sont constamment habiles à recueillir une Institution testamentaire : ils ne sont pas morts civilement, comme les esclaves romains : si plusieurs de nos coutumes les déclarent incapables de tester, c'est uniquement pour les empêcher de préjudicier à leur seigneur. Or, bien loin qu'une Institution faite en leur faveur puisse causer le moindre tort à celui-ci, elle lui est au contraire très-avantageuse, en ce qu'elle grossit l'échute dont il a l'expectative.

[[Il n'existe plus en France ni serfs ni main-mortables. *V.* l'article *Main-Morte.*]]

VI. Ceux qui sont prisonniers de guerre chez les ennemis, sont-ils capables d'être institués?

La loi 32, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, décide pour l'affirmative, *quia jure postliminii omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpuntur. Itaque si reversus fuerit ab hostibus, hereditatem adire poterit.*

Il résulte clairement de ces termes, que le droit de retour, *jus postliminii*, était chez les Romains le seul fondement de la capacité du prisonnier, et que par conséquent, s'il ne pouvait pas profiter de ce droit, c'est-à-dire, s'il décédait chez l'ennemi, l'Institution faite en sa faveur devenait caduque.

Les termes suivans de la même loi ne contrarient pas cette conséquence : *Servus quoque ejus rectè heres instituitur; et si reversus sit ab hostibus, potest eum jubere adire hereditatem; si verò ibi decesserit, qui ei heres existit, potest per servum heres fieri.* Quoique la capacité de l'esclave dépendit toujours de celle du maître, il ne faut pas inférer de ce qu'on vient de lire, que, si le prisonnier décédé chez l'ennemi avait été institué lui-même au lieu de son esclave, l'Institution aurait pu être recueillie par son héritier; cela serait contraire au principe, qu'on ne peut transférer à autrui plus de droit qu'on n'en a soi-même. La raison pour laquelle, dans le texte cité, l'héritier du captif décédé chez l'ennemi, profitait de l'Institution faite en faveur de son esclave, était parceque, suivant la fiction introduite par la loi Cornélia, tout prisonnier qui mourait dans les fers était censé avoir perdu la vie dès le premier moment de sa captivité, et que sa succession était réputée avoir été ouverte dans cet instant; de là, en effet, il suit nécessairement que, si l'esclave d'un tel prisonnier pouvait être institué, et si son Institution profitait à l'héritier de son maître, c'était uniquement par la même raison qui faisait que l'esclave d'une hérédité non encore acceptée pouvait être institué, et que l'héritier présomptif recueillait l'effet de cette libéralité après son adition.

Parmi nous, les prisonniers de guerre, et même ceux qui sont détenus en captivité par des nations barbares, ne perdent pas le moindre des droits de cité; conséquemment ils sont, sans aucune distinction, capables d'être institués; et lorsqu'ils meurent avant d'avoir recouvré la liberté, leurs héritiers profitent de toutes les dispositions testamentaires qui ont été faites en leur faveur.

VII. Les excommuniés, les hérétiques, les Juifs, les apostats, sont-ils habiles à profiter d'une Institution testamentaire?

L'affirmative ne souffre aucun doute par rapport aux premiers. Il n'y a point de loi qui les déclare incapables; on ne doit donc pas les regarder comme tels, d'après le principe établi au commencement de cette section. C'est aussi ce que pensent Perèz sur le Code, titre *de heredibus instituendis*, et

Furgole, *Traité des Testamens*, chap. 6, sect. 1.

Le chapitre dernier, *de pœnis, in* 6°., porte, à la vérité, que celui qui est excommunié pour avoir frappé ou tué un cardinal, ne peut pas être institué héritier. Mais outre que cette disposition n'a jamais pu avoir force de loi hors du domaine temporel du saint siége, elle ne forme qu'une exception à la règle générale; et loin de l'affaiblir, elle la confirme : *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

A l'égard des hérétiques, la loi 22, C. *de hæreticis*, les déclare incapables : *Divinam nostram sanctionem per quam jussimus neminem errore constrictum hæreticorum, hereditatem vel legatum vel fideicommissum accipere, etiam in ultimis voluntatibus locum habere præcipimus, sive communi jure, sive militari testentur.* La novelle 115, chap. 3, confirme cette disposition.

Le droit romain ne décide rien de semblable concernant les Juifs et les apostats : mais on peut les regarder comme compris dans la loi que nous venons de rapporter.

Furgole remarque à ce sujet, que, comme il n'y a plus en France qu'une seule religion depuis l'édit de 1685, portant révocation de celui de Nantes, tous les Français sont présumés catholiques, par cela seul qu'ils demeurent en France; qu'ainsi, on ne peut plus contester à personne la capacité d'être institué héritier, sous prétexte d'hérésie ou d'apostasie. « Il est vrai cependant (ajoute cet » auteur) que, si les nouveaux convertis » étaient condamnés comme relaps, soit pendant leur vie, soit après leur mort, la » condamnation les rendrait incapables des » effets civils, et par conséquent de recevoir » des libéralités par testament; et celles qu'ils » auraient recueillies pendant leur vie, seraient confisquées avec le reste de leurs » biens ».

Ainsi, selon Furgole, il n'y a que la condamnation prononcée contre un protestant comme relaps, qui puisse le rendre incapable de recueillir une disposition testamentaire : mais pour restreindre ainsi l'effet de l'incapacité qui est établie par le droit romain, il faut présumer qu'un protestant est catholique.

En raisonnant ainsi, Furgole suivait les principes qui étaient reçus de son temps; et ce temps, comme on le sait, n'est pas bien reculé. Depuis, les cours souveraines ont montré à la fois plus de franchise et plus d'indulgence.

Claude Ytier, fils d'André Ytier et de Marie Roman, élevé par eux dans la religion protestante, passa, le 28 décembre 1755, des conventions de mariage avec Madeleine Marin, professant le même culte que lui, et qu'elle tenait également de ses pères.

A cette époque, Madeleine Marin était mineure. Elle apporta en dot à son mari la somme de 500 livres, et il se constitua une somme pareille.

Les parens mutuels et leurs amis parurent aux conventions; il en fut dressé un acte privé, portant la signature de Barbarin, un des beaux-frères d'Ytier, le seul parmi eux qui sût écrire.

Les parties contractantes placèrent, au bas de l'acte, une croix.

Cet acte fut suivi de la célébration du mariage. Les époux reçurent, *au Désert*, le 15 août 1756, la bénédiction nuptiale des mains d'un ministre de leur religion, et les parens confirmèrent encore la cérémonie par leur présence.

Après vingt ans de mariage, Claude Ytier, près de mourir, institua Madeleine Marin son héritière universelle.

Après sa mort, demande de ses parens en nullité de cette Institution, sur le fondement qu'il n'y avait pas eu de mariage véritable entre le testateur et l'instituée, et que par conséquent on ne pouvait les considérer que comme des concubinaires.

Quelle fut la réponse de Madeleine Marin? Elle avoua franchement qu'elle était protestante; elle prouva qu'elle avait été mariée au Désert; elle soutint que ce mariage était valable quant aux effets civils; elle invoqua subsidiairement la force de la possession d'état. En finissant, son défenseur ajoutait : « A ces raisons, prises dans la nature de la » cause, je joins encore les raisons d'état qui » la favorisent; l'intérêt que pourrait inspirer Madeleine Marin, disparaîtrait peut-être » tout entier devant celui d'une secte immense et mutilée depuis trois siècles par » les persécutions; mais elle ne peut essuyer » ici une disgrâce que cinq cent mille familles ne la partagent. L'arrêt qui va sortir » de votre tribunal, parcourra rapidement » les deux bouts de la France; il y portera » la désolation ou le bonheur ».

Citer, avouer, comme on le faisait dans cette espèce, non-seulement la profession du culte protestant, mais même un mariage célébré au Désert, c'était assurément se mettre dans une position beaucoup plus difficile que si l'on n'eût rien dit qui fût relatif à la religion. Par cet aveu, on rendait im-

possible la présomption dont parle Furgole. Cependant, par arrêt du parlement de Grenoble, du 16 février 1778, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général de Sayve, le testament fut confirmé, et les adversaires de Madeleine Marin furent condamnés aux dépens.

Observons les progrès des opinions nouvelles dans ce parlement. En 1748, il avait cassé un testament fait par un mari protestant, au profit de sa femme protestante comme lui (1). En 1769, il avait souffert qu'un protestant se crût dégagé de l'union qu'il avait contractée avec une femme de sa secte, parcequ'il s'était dégoûté d'un bonheur devenu facile, et il ne l'avait condamné qu'à 12,000 livres de dommages-intérêts envers la malheureuse victime de son inconstance (c'était dans la fameuse affaire de la femme Robequin); et en 1778, il consacre un testament qui est la suite, qui dépend de l'effet d'un mariage fait au Désert.

Et remarquons bien qu'il n'a fait en cela que suivre l'exemple que lui avaient déjà donné les parlemens de Bordeaux et de Toulouse.

La demoiselle Rousseau, protestante, veuve du sieur Gravier, protestant, fut attaquée dans son état par les sœurs de son mari. Elle ne pouvait produire, pour le confirmer, qu'une possession de vingt ans et le testament de son mari qui l'instituait son héritière, et dans lequel elle était nommée sa femme. L'orateur célèbre qui la défendait (M. Romain de Sèze) ne fit aucune difficulté d'avouer quel était le culte dont elle faisait profession. Par arrêt du 26 juin 1775, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Dupaty, le parlement de Bordeaux confirma l'état de la veuve et le testament fait en sa faveur.

Le 2 avril 1776, le parlement de Toulouse ordonna l'exécution du testament fait par Marie Ponce, au profit d'Alexandre Ponce, avec lequel elle avait formé un engagement semblable à celui de la demoiselle Rousseau et à celui de Madeleine Marin.

Il est vrai que cet arrêt a été cassé au conseil, le 25 octobre de la même année; mais sur quel motif? Sur un simple vice de forme. D'ailleurs, la cassation n'a pas empêché que l'arrêt ne reçût sa pleine exécution, tant les parties qui s'étaient pourvues au conseil, étaient elles-mêmes persuadées qu'il était inattaquable au fond.

Et ce qui prouve que cette cassation n'a pas eu d'autre motif, c'est que depuis, non-seulement le parlement de Grenoble, en 1778, mais le parlement de Toulouse lui-même, en 1780, ont confirmé des Institutions d'héritiers pareilles à celles dont nous parlons.

Voici l'espèce de ce dernier arrêt. Le sieur La Garde et la demoiselle Brest, tous deux protestans, s'étaient mariés suivant le rit de leur secte. Le 8 juillet 1776, la demoiselle Brest eut le malheur, par un coup absolument fortuit, de faire à son époux une blessure mortelle. Avant de mourir, il fit un testament, par lequel il lui légua *la jouissance de tous ses biens*. La mère et les parens collatéraux du sieur La Garde se sont pourvus contre cette disposition. Ils alléguaient surtout l'arrêt du conseil du 25 octobre 1776, qui avait cassé celui du parlement de Toulouse, rendu dans la cause de Ponce.

Que répondait la veuve La Garde? « Si » les adversaires étaient de bonne foi (disait » son défenseur), ils ajouteraient que si cet » arrêt a été cassé, il n'a du moins été rien » statué sur l'opposition qui a été formée » par Ponce au jugement de cassation, et » que l'arrêt a toujours été exécuté. Il n'au» rait pas dû, surtout, laisser ignorer le vé» ritable motif de l'arrêt du conseil ».

Par arrêt du 29 août 1780, le parlement de Toulouse a confirmé le testament fait en faveur de la veuve La Garde, et a débouté ses adversaires de toutes leurs demandes, avec dépens.

[[Les lois qui, depuis 1789, ont proclamé la liberté des cultes et qui sont rapportées aux mots *Juif* et *Religionnaire*, ont rendu inutile la salutaire fiction sur laquelle était fondée cette jurisprudence.]]

VIII. Les aubains non naturalisés ne peuvent être institués, ni par des régnicoles, ni par d'autres aubains, parceque leur incapacité est fondée sur le défaut de participation

(1) Louis Coutier, du lieu de Livron, avait contracté un engagement au Désert, avec Louise Crozat: ils vécurent quelque temps dans cette union; Louis Coutier fit ensuite un testament, par lequel il institua Louise Crozat pour héritière.

Après le décès du testateur, Antoine-Basile et Jeanne Coutier, mariés, attaquèrent les dispositions faites en faveur de l'héritière instituée, sur le fondement de l'incapacité résultant de la contravention aux lois du royaume.

La cause portée à la cour, intervint arrêt de partage à la première chambre, au rapport de M. de Chablons. Le partage fut ensuite porté au second bureau, où il fut rendu arrêt, le 14 mai 1748, qui cassa le testament de Louis Coutier.

aux effets civils, ce qui la rend absolue et universelle.

[[Mais *V.* les articles *Aubaine*, nº. 14, *Etranger*, nº. 7, et *Héritier*, sect. 6.]]

IX. Les déportés auxquels on peut assimiler parmi nous les personnes condamnées pour toujours aux galères, au cachot ou au bannissement hors du royaume, sont comparés aux aubains, et par-là incapables d'être institués : *Qui deportantur, si heredes scribantur, tanquàm peregrini capere non possunt : sed hereditas in eâ causâ est in quâ esset si scripti non fuissent heredes,* dit la loi 1, C. *de heredibus instituendis.*

On permettait cependant aux soldats d'instituer des déportés. La loi 13, §. 2, D. *de testamento militis,* y est formelle : *Et deportati, et ferè omnes qui testamenti factionem non habent, à milite heredes institui possunt.*

[[Aujourd'hui, les déportés par jugement sont morts civilement, comme ils l'étaient chez les Romains; et il en est de même des condamnés aux travaux forcés à perpétuité (1). Ni les uns ni les autres ne peuvent conséquemment être institués héritiers, même par des soldats : car les testamens des militaires n'ont plus d'autre privilége que celui de n'être pas assujétis à des formes aussi rigoureuses que ceux des autres personnes. (*V.* la loi du 30 ventôse an 12, art. 7.)

Du reste, on ne peut plus condamner au cachot pour la vie. *V.* l'article *Réclusion.*]]

X. Les condamnés à cette espèce d'exil que les Romains appelaient *relégation*, pouvaient être institués héritiers, parcequ'ils ne perdaient pas les droits de cité. Il faut dire la même chose parmi nous de ceux qui sont condamnés aux galères [[aujourd'hui, aux travaux forcés]] ou au bannissement à temps.

XI. En général, il faut regarder comme capables d'Institution, tous les condamnés à des peines qui n'emportent pas mort civile; en sorte que l'infamie n'inflige par elle-même aucune espèce d'incapacité, comme le prouve la loi 1, C. *de secundis nuptiis.*

Et par la raison contraire, on doit considérer comme incapables toutes les personnes qu'une condamnation judiciaire, la profession religieuse ou l'émigration ont privées de la vie civile.

[[La loi ne reconnaît plus de vœux solennels. Ainsi, l'incapacité qui résultait ci-devant de la profession religieuse, est abolie.

Mais de là s'ensuit-il que des religieux étrangers peuvent être institués héritiers par des Français? (*V.* l'article *Succession*, sect. 1, §. 2, art. 2.)

A l'égard de l'émigration, il y avait, sous la législation antérieure à la restauration de 1814, une distinction à faire.

Ceux qui ayant été inscrits sur la liste des émigrés, en exécution de la loi du 28 mars 1793, n'en avaient pas été éliminés ou rayés, soit par des actes spéciaux du gouvernement, soit par des brevets d'amnistie expédiés en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, étaient frappés de mort civile et par conséquent incapables d'être institués héritiers. (*V.* l'article *Emigration.*)

Quant aux Français qui, depuis le 4 nivôse an 8, avaient abandonné définitivement leur patrie, sans avoir été précédemment inscrits sur la liste des émigrés, ils n'encouraient d'autre peine que d'être réputés étrangers; et conséquemment ils n'étaient incapables d'être institués héritiers en France, que dans le cas où cette incapacité frappait les habitans des pays où ils s'étaient fixés.

Il en était néanmoins autrement, si, sans la permission du chef du gouvernement, ils s'étaient fait naturaliser en pays étranger, ou y avaient pris du service.

Mais aujourd'hui, d'après l'ordonnance du roi du 21 août 1814 et la loi du 14 juillet 1819, il n'y a plus, quant à la capacité d'être institué héritier, aucune différence, soit entre le Français émigré dans l'intervalle de 1792 à 1800, et le Français simplement expatrié depuis 1800, soit entre le Français qui, depuis 1800, n'a fait que quitter le sol de la patrie, et le Français qui y a renoncé sans retour, même en se faisant naturaliser en pays étranger. (*V.* les articles *Emigration*, §. 2, nº. 5, et *Français*, §. 1, nº. 3.)]]

XII. Les enfans mâles des condamnés pour crime de lèse-majesté, ne peuvent profiter d'aucune disposition testamentaire, même de la part de leurs parens collatéraux, et à plus forte raison de ceux qui leur sont tout-à-fait étrangers. La loi 5, C. *ad legem Juliam majestatis*, est expresse sur ce point : *A maternâ vel avitâ, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuò egentes et pauperes.*

[[Mais cette incapacité est abolie par la loi du 21 janvier 1790. Au surplus, *V.* l'article *Légataire*, §. 2, nº. 12.]]

XIII. Dans l'ancien droit romain, le célibataire qui avait plus de vingt-cinq ans, si c'était un mâle, et plus de vingt ans, si

(1) *V.* les articles *Déportation* et *Mort civile.*

c'était une fille, ne pouvait pas être institué héritier, ou du moins l'Institution faite en sa faveur devenait caduque, s'il ne se mariait pas dans les cent jours qui suivaient la mort du testateur. C'est ce que nous apprend Ulpien dans ses Fragmens, tit. 16 et 17.

Les lois Julia et Papia, qui avaient introduit cette incapacité, voulaient encore que les personnes mariées, dont tous les enfans étaient morts, et qu'on appelait pour cette raison *orbi patres*, ne pussent recueillir que la moitié des libéralités qui leur étaient faites par testament.

Mais ces deux incapacités ont été abrogées par la loi 1, C. *de infirmandis pœnis cœlibatûs;* en sorte qu'aujourd'hui les personnes à marier, et les pères qui ont perdu leurs enfans, sont aussi capables d'être institués, que si les unes étaient engagées dans les liens du mariage, et que les autres eussent encore leurs enfans.

XIV. La loi Voconia, ainsi appelée parce qu'elle fut portée sous le tribun du peuple Quintus Voconius Saxa, l'an de Rome 584, défendait d'instituer les femmes héritières universelles, et permettait seulement de leur laisser un quart dans chaque succession.

Saint Augustin, *de Civitate Dei*, liv. 3, chap. 21, se récrie fort contre cette disposition : *Lata est etiam illa lex Voconia ne quis heredem fœminam faceret, nec unicam filiam : quâ lege quid iniquius dici aut cogitari possit, ignoro.*

La loi des douze tables était plus juste : elle n'avait mis aucune différence, par rapport aux successions, entre les hommes et les femmes.

C'est sur ce pied que Justinien a rétabli les choses par la loi 14, C. *de legitimis heredibus.*

XV. La loi 1, C. *de secundis nuptiis*, déclare la veuve qui se remarie dans l'an du deuil, infâme et incapable de toutes sortes de libéralités testamentaires : *Ex jure quidem notissimo fit infamis : omnium prætereà hereditatum, legatorum, fideicommissorum supremâ voluntate relictorum, mortis causâ donationum, sit expers.* Le chap. 22 de la novelle 22 confirme cette disposition.

Le chap. 40 de la même novelle étend cette peine à la femme qui, après avoir accepté la tutelle de ses enfans, prêté le serment et renoncé aux secondes noces, se remarie après l'année du deuil, sans avoir fait pourvoir de tuteurs ses enfans encore pupilles, rendu compte de son administration, et payé le reliquat.

Le chap. 2 de la novelle 39 assujétit à la même peine la femme qui vit impudiquement dans l'année du deuil, *ne ampliùs habeat castitate luxuria.*

Tessaurus et quelques autres auteurs ont pensé que l'incapacité prononcée par ces différentes lois, devait être bornée aux dispositions des enfans du premier lit, des ascendans et des autres parens du côté du mari. Mais cette restriction choque visiblement les termes de la loi 1, C. *de secundis nuptiis*, qui porte une exclusion générale de toutes les dispositions testamentaires, sans distinguer les personnes par qui elles sont faites. C'est d'ailleurs ce qui résulte clairement de la permission que donne la même loi à la femme remariée dans l'an du deuil, de recueillir les successions de ses parens décédés *intestat* jusqu'au troisième degré, permission qui la rend certainement habile à leur succéder par testament jusqu'à concurrence de sa portion légale, et qui par conséquent fait voir que l'incapacité d'être instituée héritière, ou de recevoir des legs, tombe principalement sur toutes les personnes auxquelles la veuve remariée ne doit pas succéder *ab intestat.* Enfin, ce qui tranche toute difficulté, c'est que le chap. 22 de la novelle 22 parle nommément des dispositions des étrangers : *Neque percipiet penitùs ab ullo extraneorum, non hereditatem, non fideicommissum, non legatum.*

[[Une question plus intéressante, est de savoir si cette incapacité a encore lieu dans nos mœurs. *V.* les articles *Deuil*, §. 2, et *Noces (secondes)*]].

XVI. Il fut un temps à Rome où les bâtards étaient regardés comme étrangers, et conséquemment comme incapables de recevoir des dispositions universelles par testament. C'est ce que nous apprend Justinien dans la préface de la novelle 89 : *Naturalium nomen Romanæ legislationi dudùm non erat in studium, nec quælibet circà hoc fuerat humanitas, sed tanquam alienigenum aliquid et omninò alienum à republicâ putabatur : à Constantini verò piæ memoriæ temporibus in constitutionum scriptum est libris. Deindè paulatim in mediocritatem clementemque sententiam imperatores transeuntes, leges posuerunt : alii quidem et dari et relinqui aliquid eis à patribus concedentes*, etc.

Dans le dernier état de la jurisprudence romaine, les bâtards simples étaient habiles à être institués par toutes sortes de personnes, même par les auteurs de leurs jours.

Dans nos mœurs, ces derniers sont les seuls qui ne puissent pas régulièrement les faire héritiers; en sorte que leur incapacité,

qui, dans l'ancien droit, était absolue, n'est plus aujourd'hui que respective.

[[*V.* le §. 2 de cette section.]]

XVII. C'est une question assez controversée, si les gens de main-morte, tels que les communautés ecclésiastiques et laïques, peuvent être institués héritiers en pays de droit écrit, et légataires universels en pays coutumier.

Les anciens jurisconsultes de Rome ont cru pendant long-temps que les colléges, les villes, et tous les êtres moraux qu'ils appelaient *universités*, n'étaient pas capables d'être institués héritiers, sur le fondement qu'on ne pouvait disposer qu'en faveur de personnes certaines, et que les corps de main-morte n'avaient point d'existence physique : par la raison contraire, il était permis de laisser sa succession au temple d'un lieu dont le culte était autorisé (1).

Insensiblement on s'habitua à revêtir par la pensée les colléges et les universités d'une existence individuelle. Alors toutes les compagnies, tous les corps, tous les établissemens approuvés par la puissance publique, furent mis au rang des personnes certaines et capables d'être instituées héritières : *Hereditatis vel legati seu fideicommissi, aut donationis titulis, domus aut annonæ civiles aut quælibet ædificia vel mancipia, ad jus inclytæ urbis vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt*, dit la loi 12, C. *de heredibus instituendis.*

Les seules églises des chrétiens, que l'on considérait encore comme des assemblées illicites, furent exceptées de la faveur générale; mais l'empereur Constantin ayant embrassé le christianisme, abrogea cette différence, et donna une entière liberté aux personnes de tout sexe et de toute condition de laisser en mourant leurs biens aux corps et établissemens ecclésiastiques. Les lois 1, 14, 22 et 23, C. *de sacrosanctis ecclesiis*, renferment là-dessus les dispositions les plus précises.

Cette permission indéfinie donna lieu à quelques abus : Valentinien, Valens et Gratien l'ôtèrent aux veuves et aux orphelins. La loi qu'ils portèrent à ce sujet, est la vingtième du titre *de episcopis*, au Code Théodosien. *Nec de lege conqueror*, disait saint Jérôme à l'occasion de ce changement, *sed doleo cur meruerimus hanc legem.*

Peu de temps après, les diaconesses furent aussi privées de la faculté d'enrichir l'église de leurs libéralités; mais cette dernière exception fut abolie presque aussitôt qu'introduite, comme nous l'apprend la loi 28 du titre et du Code que nous venons de citer.

La novelle de Martian *de testamentis*, abrogea aussi la défense qui avait été faite aux veuves et aux orphelins, de laisser leurs hérédités à l'église; et dans le dernier état de la jurisprudence romaine, les gens de main-morte, tant ecclésiastiques que laïcs, furent considérés comme capables d'être institués héritiers par tous ceux qui étaient habiles à tester. On peut voir ce que portent sur cet objet les chap. 9 et 12 de la novelle 131.

Cette jurisprudence ne peut plus avoir la moindre force relativement aux immeubles, depuis que les ordonnances de nos rois ont interdit aux gens de main-morte l'acquisition de cette espèce de biens, à quelque titre que ce soit. *V.* l'article *Main-morte* (*Gens de*).

Mais la question de savoir s'ils sont capables de recevoir une universalité de meubles à titre d'Institution ou de legs, est encore entière dans notre droit français.

Nous la traiterons d'abord relativement aux pays de droit écrit.

Nous examinerons ensuite quelle est, sur cette matière, la jurisprudence des pays coutumiers.

Enfin, nous jeterons un coup d'œil sur les maximes qui sont suivies à cet égard dans les provinces belgiques, notamment dans celles du ressort du parlement de Flandre.

Pays de droit écrit. Il paraît qu'on y suit encore les lois qui forment le dernier état du droit romain, c'est-à-dire, qu'on y regarde comme valables les Institutions d'héritiers faites au profit des communautés, des hôpitaux, ou de tout autre établissement de main-morte.

On trouve dans le recueil de Cambolas, livre 5, chap. 28; dans celui d'Albert, lettre F, chap. 15 de la nouvelle édition, et dans celui de Boniface, tome 5, livre 7, tit. 4, deux arrêts du parlement de Toulouse, des 20 décembre 1626 et 17 mars 1654, et un du parlement d'Aix, du 2 mai 1680, qui autorisent cette opinion.

Il y a aussi dans le Recueil d'Augeard, un arrêt du parlement de Paris, du 16 juillet 1729, qui confirme une Institution d'héritier faite par Pierre Colin, domicilié à Lyon, en faveur de l'hôpital de cette ville, sauf néanmoins qu'il accorde une pension viagère au frère du testateur qui réclamait.

(1) *Fragmens d'Ulpien*, tit. 21, §. 4, et tit. 22, §. 5.

Il a été rendu de nos jours quelques arrêts conformes à la même opinion. Les voici par ordre de dates.

André Dussol avait deux fils, Etienne et Louis. La fortune fit du premier un très-riche particulier. La nature donna au second une nombreuse famille, mais réduite à la médiocrité.

Etienne Dussol, parvenu à la fin de sa carrière, institua pour héritier universel l'hôpital général de Montpellier.

Louis Dussol, son frère, réclama contre cette disposition. Il soutint d'abord qu'elle n'était pas valable, et subsidiairement qu'on devait la réduire à son profit. Mais à l'audience, son défenseur s'est restreint à ses conclusions subsidiaires; et voici de quelle manière il a cherché à les justifier.

Il a soutenu qu'elles étaient fondées sur les droits les plus sacrés, sur ceux de la nature, sur l'état d'indigence où il se trouvait, et sur l'ignorance où était le testateur de l'existence de son frère, lorsqu'il avait disposé de ses biens.

« Les droits du sang (disait-il), ceux de la nature, ne peuvent point être méconnus. Louis Dussol était le seul frère du testateur; ils avaient reçu le jour des mêmes parens.

» L'indigence de Louis Dussol ne peut être contestée: chargé de l'entretien d'une femme, de l'éducation et de l'établissement de six enfans, n'ayant pour soutenir ces dépenses qu'une petite maison qui sert à son logement, et n'ayant pour tout patrimoine qu'un mince office de procureur au bailliage d'Annonay, il est pauvre. Son état d'indigence est prouvé par les certificats qu'il rapporte des officiers municipaux et des officiers du bailliage d'Annonay.

» On ne peut pas révoquer en doute l'ignorance où était Etienne Dussol, testateur, de l'existence de Louis Dussol, son frère. Il n'en avait jamais entendu parler, ni eu de nouvelles. Eloigné depuis quarante années d'un frère qu'il n'avait jamais vu, Etienne Dussol ne dut pas même penser à s'informer de lui.

» Enfin, l'existence de Louis Dussol, relégué dans une petite ville du Vivarais, où il menait une vie obscure, exerçant une profession qui ne pouvait le faire connaître que dans certains quartiers du petit ressort du bailliage, pouvait bien n'être pas soupçonnée par son frère Etienne.

» Il est en effet plus que probable, que ce dernier, revenu des Echelles du Levant, où le commerce l'avait enrichi, revenu après quarante ans d'absence, mêlé dans le tourbillon et les plaisirs d'une grande ville, telle que Montpellier; il est plus que probable que les deux frères éloignés, ne soupçonnant pas leur existence réciproque, et par cela, étrangers à eux-mêmes, ne se connurent point.

» D'ailleurs, soutenir qu'Etienne Dussol a connu l'existence de Louis Dussol avant sa mort, c'est calomnier son cœur, sa mémoire, c'est calomnier la nature ».

M. de Cambon, avocat général, plaidant pour l'hôpital, a soutenu que Louis Dussol n'avait aucun titre pour s'opposer à l'exécution du testament de son frère.

« Il est exclu (a dit ce magistrat) par les lois et par les arrêts qu'il cite lui-même. Il n'est pas indigent, ou pauvre comme il le dit: il y a lieu de croire qu'Etienne Dussol connaissait l'existence de son frère.

» 1°. Les lois l'excluent. La loi romaine n'accordait au frère prétérit une portion de la succession de son frère, qu'autant que ce dernier avait institué une personne honteuse ou infâme, *turpem personam*. Il était donc nécessaire, afin que le frère prétérit eût un droit légitime à prendre sur le bien de son frère testateur, que celui-ci eût institué des héritiers infâmes. Mais si le frère testateur n'institue point une personne infâme pour recueillir son hérédité, il n'est pas nécessaire qu'il laisse la légitime à ses frères, ni qu'il les institue ou exhérède. Il peut valablement tester et disposer de ses biens, sans faire absolument aucune mention de ses frères, ni leur rien laisser, à quelque titre que ce soit. C'est la décision des lois 21 et 27, C. *de inofficioso testamento*.

» En appliquant ces principes à la cause, il est aisé de voir que Louis Dussol ne peut rien demander, parceque le cas de la loi (qui est l'Institution d'un héritier infâme), ne s'y trouve point. L'hôpital de Montpellier est l'héritier institué: or, un tel héritier n'est pas infâme; il n'y en a pas, au contraire, de plus favorable aux yeux de l'humanité et de la religion.

» 2°. De la loi romaine, qui n'accorde rien, passons à la jurisprudence française, qui accorde quelque chose.

» Les arrêts qu'on trouve dans les livres ont accordé une portion au frère prétérit pauvre; mais dans quel cas? Dans quelle hypothèse? C'est ce qu'il faut déterminer d'une manière précise.

» Les arrêts ont distingué les libéralités faites en faveur des pauvres en général, et les libéralités faites en faveur des pauvres de tel hôpital, de tel établissement.

» Dans le premier cas, les arrêts ont donné une portion de la succession au frère prétérit pauvre, parcequ'il était censé appelé et compris dans la disposition générale des biens du testateur, et que sa volonté ne se trouvait pas éludée en donnant une portion de ses biens à son frère pauvre.

» Dans le second cas, les arrêts n'ont rien accordé au frère, quoique pauvre, parcequ'il était censé exclus de la succession de son frère par l'Institution d'un héritier aussi favorable, et parceque la volonté du testateur eût été violée en appelant son frère, à moins que le frère ne se fût trouvé dans le nombre des pauvres de l'établissement institué héritier.

» La raison de cette jurisprudence est naturelle. Si le testateur institue tous les pauvres indéfiniment, ses frères ou ses parens pauvres se trouvent institués et compris dans l'Institution générale; les biens du testateur parviennent à leur destination, en passant dans les mains des frères pauvres.

» Si le testateur institue un établissement, un hôpital, une classe de pauvres en particulier, les frères ou autres proches parens du testateur n'auront aucune portion de sa succession, à moins qu'ils ne soient de cet établissement ou hôpital, ou bien de la classe des pauvres institués, la volonté du testateur ne se trouvant pas autrement accomplie.

» Voilà les motifs de notre jurisprudence, et les distinctions qu'elle a faites à l'égard des frères ou proches parens pauvres du testateur qui avait donné ses biens à l'indigence.

» Ainsi, la jurisprudence française n'est pas plus favorable à Louis Dussol que la jurisprudence romaine, quoique la première ait tempéré la rigueur de la seconde.

» 3°. Louis Dussol n'est pas pauvre; à la vérité, il a six enfans et une femme; mais il possède une maison à Annonay, et il est pourvu d'une charge de procureur au bailliage de cette petite ville.

» S'il s'agissait d'un homme d'un certain rang, d'une certaine naissance, d'un homme qui, d'une grande fortune, serait tombé, par des événemens malheureux, dans cet état de besoin, sans doute avec ces minces propriétés il pourrait être regardé comme pauvre; mais un procureur dans un bailliage ne peut l'être avec une maison et un état aussi lucratif que celui de procureur.

» 4°. Il est probable qu'Étienne Dussol était instruit de l'existence de son frère d'Annonay.

» Le premier soin d'un homme qui a quitté sa famille de bonne heure, qui l'a oubliée pendant un temps considérable; le premier soin d'un fils, d'un frère, quand il revient près du sol natal, après une longue absence, le premier soin et le plus naturel, est de s'informer de sa famille. Il est très-vraisemblable qu'Étienne Dussol prit des informations au sujet de son frère, seul reste de sa famille, et que peut-être les informations n'étaient pas avantageuses ou favorables à Louis Dussol.

» Enfin, le peu d'éloignement de Montpellier où Étienne Dussol faisait sa résidence, à Annonay où Louis Dussol exerçait sa profession, fait soupçonner, avec raison, que le testateur devait avoir eu des nouvelles de son frère, et qu'il le savait existant.

» La facilité, la multiplicité même des correspondances du Bas-Languedoc au Vivarais, est une nouvelle présomption de la connaissance qu'avait Étienne Dussol de son frère.

» 5°. Le genre de biens dont Étienne Dussol a disposé, écarte la réclamation de son frère Louis Dussol.

» Le testateur avait rapporté des Échelles du Levant, où il faisait quelque commerce, une fortune qu'il y avait acquise par quarante ans de travaux. Cette fortune était toute à lui, elle était le fruit d'un travail long et pénible, et d'une expatriation toujours fâcheuse. Les lois de la nature, que Louis Dussol invoque tant, ne lui donnent donc aucun droit sur la fortune d'Étienne Dussol. Ce n'est pas ici le patrimoine commun; ce ne sont point les biens que lui a transmis leur père, qu'Étienne Dussol a fait passer à l'hôpital; c'est le produit de ses sueurs, de ses veilles, de ses voyages, qu'il a versé sur la maladie et sur l'indigence.

» Peut-être encore, et mon dessein n'était pas de flétrir la mémoire de notre bienfaiteur, peut-être y avait-il dans les biens d'Étienne Dussol quelque partie mal acquise, quelque légère injustice, qu'il a cru restituer ou réparer, en les faisant servir à soulager les maux de l'humanité souffrante.

» Ainsi, sous quelque côté, sous quelque rapport que les magistrats envisagent la demande de Louis Dussol, elle est insoutenable ».

Par arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Toulouse, le 18 mai 1778, Louis Dussol a été débouté de toutes ses demandes, sans dépens.

L'arrêt suivant a été rendu au parlement de Grenoble.

La demoiselle Baty s'était occupée, toute sa vie, à visiter et soigner les malades, à secourir les pauvres, et à instruire les jeunes filles. En 1775, elle fit un testament nuncupatif, par lequel elle légua une rente de 100 livres à une

école de charité de jeunes filles, et 150 livres à une école de charité de jeunes garçons; et institua, pour héritier, l'hôpital du Pont-en-Royans, lieu de sa naissance. Environ un an après, elle fit un testament mystique, par lequel elle institua héritier l'hôpital du Pont-en-Royans, et au lieu de 100 livres et de 150 livres pour les écoles de charité de filles et de garçons, elle légua à la première 2000 livres, et à la seconde 3000 livres.

Après le décès de la demoiselle Baty, la demoiselle Bourne, sa cousine germaine, demanda la nullité du testament de sa parente; elle se fonda sur trois moyens :

Le premier, que les hôpitaux qui n'ont pas de lettres-patentes portant permission de succéder à titre universel, ne peuvent être institués héritiers; et que l'art. 9 de la déclaration de 1762 ne les rend capables que de dispositions particulières;

Le second, que la demoiselle Baty, ayant été directrice de l'hôpital de Pont-en-Royans, elle n'avait pas pu l'instituer héritier;

Le troisième, que la demoiselle Baty avait eu pour confesseur, jusqu'à sa mort, le curé de la paroisse, qui était administrateur né de l'hôpital.

La demoiselle Bourne appuyait les deux derniers moyens sur plusieurs arrêts rapportés par Ricard, et tirés du *Journal du Palais et des Audiences*, qui avaient annulé des libéralités universelles et particulières, faites à des maisons de main-morte, par des personnes qui demeuraient dans ces maisons ou dont les confesseurs en étaient membres.

Elle concluait subsidiairement à ce que l'Institution et les legs fussent réduits à un quart, et que les autres trois quarts tournassent à son profit. Elle invoquait à cet égard plusieurs arrêts qui avaient prononcé la réduction de libéralités faites à des hôpitaux et à d'autres maisons de main-morte. Elle concluait encore à ce qu'il lui fût permis de faire preuve, par témoins, de plusieurs faits de suggestion et captation qu'elle avait articulés; et elle prétendait que cette preuve devait lui être permise, parceque, suivant l'art. 47 de l'ordonnance de 1735, concernant les testamens, les moyens tirés de la suggestion et captation peuvent être allégués, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux.

De la part des syndics et administrateurs de l'hôpital et des écoles, on soutenait que, suivant la disposition du droit commun, les gens de main-morte étaient capables de dispositions universelles et particulières; qu'à la vérité, cette capacité leur avait été ôtée par l'art. 17 de la déclaration de 1749; mais qu'elle avait été rétablie en leur faveur par l'art. 9 de la déclaration de 1762, qui devait être entendu des dispositions universelles comme des dispositions particulières : que tous les arrêts cités de la part de la demoiselle Bourne, étaient étrangers à la cause; qu'ils avaient été déterminés par la crainte de la suggestion et captation, motifs qui dictèrent l'ordonnance de 1539, et qui déterminèrent les compagnies souveraines à en étendre les dispositions; que, dans le cas présent, la demoiselle Baty étant une fille isolée, vivant à ses dépens, et l'hôpital étant administré conformément aux règles prescrites par la déclaration de 1698, la captation et la suggestion ne pouvaient pas être présumées.

Contre la demande en réduction des legs, ils disaient que la province du Dauphiné était régie par le droit écrit, suivant lequel la volonté des défunts devait être respectée; qu'on n'y reconnaissait point les réductions de l'espèce de celle que réclamait la demoiselle Bourne; que si, dans d'autres parlemens, ces réductions avaient été quelquefois admises, c'était, suivant l'attestation de messieurs les avocats généraux qui avaient porté la parole, dans des cas particuliers, ou parceque les dispositions avaient été faites au préjudice des enfans, ou par un testateur irrité contre ses parens, ou par d'autres causes de cette espèce.

Contre la preuve testimoniale, ils observaient que, suivant l'esprit des ordonnances de Moulins de 1667, elle devait être rejetée, lorsqu'il y avait lieu de craindre la subornation des témoins; ce qui arrivait toutes les fois que l'objet était d'une valeur considérable, et que les auteurs avertissaient les juges de n'admettre les faits de suggestion et captation, que lorsqu'ils étaient soutenus par le caractère du testateur, le temps, le lieu et les circonstances dans lesquels les dispositions avaient été faites; que, dans le cas présent, la vie que la demoiselle Baty avait menée dès son adolescence, et son premier testament fait plus d'un an avant le dernier, étaient exclusifs des faits de suggestion et captation articulés.

Sur ces moyens respectifs, arrêt du 6 septembre 1781, au rapport de M. de Chaléon de l'Albenc, qui, sans s'arrêter aux fins et conclusions de la demoiselle Bourne, ordonne que le dernier testament de la demoiselle Baty sera exécuté suivant sa forme et teneur, et condamne la demoiselle Bourne aux dépens.

Pays coutumiers. Il est peu de questions, dans la France coutumière, sur lesquelles la

jurisprudence ait autant varié que sur celle dont il s'agit.

Ricard cite quatre arrêts du parlement de Paris, des 8 mai 1573, 2 mai 1654, 28 mars 1656 et 10 janvier 1665, qui ont jugé les gens de main-morte capables de legs universels.

Brillon et d'Héricourt nous en ont conservé deux semblables, des 28 août 1708 et 28 mars 1718.

En voici un plus récent de la même cour, qui confirme le legs universel qu'un testateur avait fait de tous ses meubles et effets mobiliers à une communauté religieuse.

Le sieur Gravier, après avoir été long-temps chanoine de Saint-Aignan d'Orléans, résigna son bénéfice au sieur Auger, chez lequel il s'était mis en pension, et qui était directeur de la communauté du Bon-Pasteur, de la même ville.

Le sieur Gravier l'avait aidé dans le soin de cette direction; il prenait un intérêt sensible à cette communauté, et voulut lui en donner des preuves dans un testament olographe qu'il fit le 23 janvier 1779.

Le sieur Gravier avait formé son état lui-même. Sa famille n'était pas distinguée. Ses héritiers présomptifs étaient pauvres. La fille Maillet, veuve du nommé Pitre, chargée d'enfans, et le nommé Maillet, étaient ses neveux à la mode de Bretagne : il avait encore pour parens éloignés, la fille Badin, et la sœur Douville, supérieure de la communauté du Bon-Pasteur.

Dans le préambule de son testament, il observe que le peu de bien qu'il laisse, ne lui vient pas de sa famille, qu'il le doit à la divine Providence; et que dès-là, il se croit permis d'en disposer à son gré, sans que personne puisse s'en plaindre, n'ayant que des parens éloignés et en état de subvenir à leurs propres besoins : que le résultat des dispositions qu'il va faire, est le fruit de mûres réflexions faites devant Dieu, pour ne rien faire que de juste et de raisonnable.

Dans cet esprit, il fait différens legs particuliers; il donne 150 livres aux pauvres de la paroisse d'Olivet; des livres de piété à un cousin éloigné; 150 livres à la fille Badin, sa cousine; 300 livres et quelques meubles à sa domestique; 150 livres au sieur Barenger, mari d'une de ses parentes éloignées; ensuite un legs universel du surplus de son mobilier, à la communauté des filles du Bon-Pasteur d'Orléans, qu'il nomme et institue ses légataires universels.

Et à l'égard de ses immeubles, consistant en rentes perpétuelles constituées sur particuliers, montant à 850 livres 14 sous 6 deniers, il les donne et lègue à la demoiselle Douville, sa cousine, supérieure de la communauté du Bon-Pasteur, qu'il nomme et institue sa légataire universelle quant à cet objet, à la charge de faire à sa domestique une rente viagère de 100 livres, laquelle, après son décès, retournera au profit de sa même cousine, qui, dès le jour même, rentrera dans tous ses droits, pour en jouir et disposer comme de chose à elle appartenante.

Il nomme l'abbé Auger, chanoine de Saint-Aignan d'Orléans, son résignataire et directeur de la communauté du Bon-Pasteur, son exécuteur testamentaire, et le prie d'accepter une pendule à répétition et des livres de théologie, déclarant qu'il porterait avec un extrême plaisir plus loin ses largesses en faveur du sieur Auger, s'il ne craignait de faire de la peine à son bon cœur, en diminuant ainsi les legs du Bon-Pasteur.

Après la mort du sieur Gravier, les scellés sont apposés sur ses effets; on procède à l'inventaire. La sœur Douville, supérieure de la communauté du Bon-Pasteur, forme, tant en son nom qu'au nom de sa communauté, devant le bailli de la justice de Saint-Aignan, contre les héritiers du sieur Gravier, sa demande en délivrance des deux legs universels portés au testament. Une sentence par défaut lui adjuge ses conclusions.

Les héritiers en interjettent appel au châtelet d'Orléans, où, la cause plaidée contradictoirement, sentence intervient, qui, en confirmant la première, ordonne l'exécution du testament et accorde la délivrance des legs universels, en affirmant par la sœur Douville, qu'elle ne prête son nom directement ni indirectement à sa communauté pour le legs universel des immeubles, et qu'elle entend profiter seule de ce legs.

La veuve Pitre interjette appel de cette sentence au parlement de Paris; mais par arrêt du 6 février 1782, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, la cour met purement et simplement l'appellation au néant, avec amende et dépens.

Les arrêts qui ont annulé les dispositions universelles faites au profit des gens de main-morte, ne sont guères en moindre nombre.

Ricard en rapporte deux des 27 juillet 1719 et 9 juillet 1657.

Il en a été rendu un pareil le 11 septembre 1680, en faveur des héritiers légitimes

du sieur Lagarde, contre le séminaire de Limoges.

M. l'avocat général d'Aguesseau en a fait rendre un semblable sur ses conclusions, le 19 février 1691.

Il y en a un autre du 29 août 1711, qui a pareillement déclaré nul et de nul effet le legs universel fait par Marie-Hélène Franquemont, au profit des jésuites de Valenciennes. La cause avait été plaidée en première instance au conseil d'Artois, et ce tribunal avait adjugé la succession aux héritiers du sang, en payant une somme de 6000 livres *seulement aux pères jésuites, à quoi il avait réduit le legs universel :* mais sur l'appel, cette sentence a été infirmée, et les jésuites déboutés de toutes leurs prétentions (1).

Tous ces arrêts ont été rendus au parlement de Paris.

Le tempérament dont avait usé le conseil d'Artois dans l'espèce du dernier, a été également adopté par une foule d'arrêts; et il paraît que l'usage le plus ordinaire dans plusieurs cours, n'est ni de confirmer, ni d'annuler entièrement, mais de réduire à certaines sommes les Institutions d'héritiers et les legs universels faits au profit des gens de main-morte.

C'est ce qu'ont jugé sept arrêts du parlement de Paris, des 22 juillet 1643, 25 mai 1655, 23 mars 1694, 1er. décembre 1695, 28 avril 1711, 1712, et août 1717, rapportés par Soëfve, Bretonnier, d'Héricourt, et dans le *Journal des audiences*.

Denisart en a conservé dix autres, dont quatre ont été rendus par la même cour, les 27 août 1733, 14 août 1739, 5 décembre 1741 et 29 août 1761; un au grand-conseil, le 2 mars 1756, et les cinq autres au parlement de Bordeaux, les 13 décembre 1700, 7 juillet 1712, 18 août 1716, 4 septembre 1720 et 27 août 1731.

On voit, par ces détails, que la jurisprudence d'une grande partie des tribunaux français est livrée, sur cette matière, à l'arbitrage des juges. Le défaut de lois positives les oblige de se déterminer par les circonstances : tantôt l'intérêt de collatéraux plongés dans l'indigence, l'emporte sur un monastère riche et opulent : tantôt ces mêmes collatéraux succombent, parcequ'un établissement de charité, un hôpital, une fondation pieuse a été l'objet des libéralités du testateur. Quelquefois la qualité du testateur mort chargé de bénéfices, fait confirmer la disposition universelle, plutôt comme une restitution légitime, que comme une donation gratuite. Presque toujours la faveur des enfans et des héritiers en ligne directe fait pencher la balance de leur côté; mais ce qu'il y a de remarquable, c'est que régulièrement on ne fait, dans la plus grande partie de la France, que réduire les Institutions d'héritier ou legs universels.

Au surplus, voici une espèce particulière qui sort des cas sur lesquels tombe la variation des arrêts. Elle nous a paru, par sa singularité, mériter ici une place.

Le sieur Rouillé des Filletières, après avoir vécu toute sa vie dans les exercices de la piété la plus rare, et avec des personnes d'un mérite distingué, est mort, âgé de 85 ans, le 4 octobre 1778, laissant un testament du 18 novembre 1777, par lequel, après différens legs, tant aux pauvres de sa paroisse, à Paris, qu'à ceux de sa campagne de Chilly, à ses domestiques et à ses amis, il renouvelle une donation antérieurement faite à M. le président Rolland, et y ajoute quelque legs particuliers, tant pour ce magistrat que pour madame la présidente Rolland et mademoiselle Rolland, leur fille aînée; il dispose ensuite de certains objets en faveur de MM. Defai, Desprez de Boissy, l'abbé Clément, et institue pour le surplus de ses biens, l'abbé de Majainville, son légataire universel.

On a prétendu que ces trois derniers legs particuliers et le legs universel formaient, toutes charges acquittées, un objet d'environ 750,000 livres.

Après la mort du sieur Rouillé des Filletières, les trois légataires particuliers et le légataire universel s'étant pourvus contre les héritiers en délivrance de leurs legs, ceux-ci ont demandé la nullité du testament et des legs tant universel que particuliers; et ils ont soutenu à cet égard, que les quatre légataires n'étaient que les prête-noms des pauvres, et que ceux-ci étaient incapables de recevoir des legs universels ou libéralités excessives, au détriment des héritiers légitimes.

Une sentence par défaut des requêtes du palais a proscrit la prétention des héritiers, et ordonné l'exécution du testament et des legs.

Les héritiers en ont interjeté appel, et leurs défenseurs ont établi deux propositions: la première, que les trois légataires particuliers et le légataire universel étaient les

(1) Il faut remarquer que la testatrice avait eu pour confesseur un jésuite d'Arras. Cette circonstance a sans doute beaucoup influé sur l'arrêt.

prête-noms des pauvres, seuls objets de la libéralité du testateur : la deuxième, que toute disposition soit universelle, soit particulière, mais considérable, au profit des pauvres, était nulle ou du moins réductible.

Ils ont étayé leur première proposition sur la conduite du testateur pendant sa vie, et sur une suite de dispositions semblables que le défunt avait recueillies au même titre qu'il les avait laissées à ceux qu'il avait choisis.

« Cette chaîne de dispositions du même genre (ont-ils dit) remonte au fameux Nicole, qui a institué le père Fouquet, les sieurs Couet et Charmel pour ses légataires universels, et a laissé des mémoires instructifs, tant sur la destination et l'emploi qu'ils devaient faire de son bien, pendant leur vie, que sur les précautions qu'ils devaient prendre à leur mort, pour choisir des successeurs qui rendissent leurs bonnes œuvres perpétuelles. Le testament de Nicole a été exécuté. L'emploi du bien qu'il avait ordonné, a été suivi par ses légataires. Le père Fouquet et ses co-légataires ont choisi pour exécuteur testamentaire et légataire universel l'abbé d'Eaubonne, qui a également reçu les mémoires instructifs sur la destination des biens dont il s'agit. L'abbé d'Eaubonne a recueilli divers legs du même genre : il est mort en 1765, après avoir choisi le sieur Rouillé des Filletières pour son légataire universel.

» Les différens legs recueillis par l'abbé d'Eaubonne avaient grossi le legs universel fait au sieur des Filletières, au point qu'il formait un objet d'environ 450,000 livres. Le sieur des Filletières s'est tellement regardé, par ce legs, comme le dépositaire du bien des pauvres, qu'il a constamment tenu, toute sa vie, un registre en ordre de recette et de dépense, de ce qui provenait du legs. On y voit l'emploi qu'il en faisait en bonnes œuvres, conforme à l'intention des testateurs.

» Cela posé, comment se persuader que le sieur des Filletières, ayant agi ainsi toute sa vie, n'ait pas choisi à sa mort des personnes qui continuassent d'agir de même, et le choix qu'il a fait de personnes recommandables par leur piété et leur charité, vient compléter la preuve qu'il n'a voulu avoir que des administrateurs du bien des pauvres, dans la personne des légataires ».

La deuxième proposition des héritiers a été l'incapacité des pauvres, pour recueillir des legs universels. Ils l'ont établie sur le suffrage de M. le chancelier d'Aguesseau, et sur l'autorité d'une partie des arrêts cités ci-dessus.

Les légataires universels et particuliers ont tiré leur défense de la capacité qu'avait le testateur de disposer.

» Les biens qu'il a donnés (disaient-ils) étaient libres dans sa main. Il a laissé à ses héritiers présomptifs les quatre quints de ses propres, et beaucoup au delà.

« Les légataires qu'il a choisis, sont des personnes capables de recevoir, et non prohibées par la loi; ce sont des personnes d'un mérite rare et d'une piété éminente : ainsi, le système d'un fidéicommis tacite en faveur des pauvres, tombe de lui-même par le défaut de preuves; et une allégation de cette espèce ne pourrait être prouvée que par la volonté écrite du testateur, ou par la découverte de quelques promesses faites de rendre à une personne prohibée. Les lois, pour supposer le fidéicommis, exigent des preuves plus claires que le jour; elles rejettent toutes les présomptions incertaines (1).

» A la place des preuves que la loi exige, combien sont faibles celles que les héritiers ont voulu tirer de la chaîne des précédens testateurs qui, légataires universels l'un de l'autre, jusqu'au sieur Rouillé des Filletières, ont librement géré et administré leurs biens pendant leur vie, et choisi à leur gré, pour légataires, ceux qu'ils croyaient dignes de leurs libéralités ! Que des légataires universels, par une suite de leur goût et de leurs principes, aient choisi de préférence, pour objets de leurs libéralités, et pour leur succéder, des personnes d'un sentiment analogue au leur; que les légataires du sieur Rouillé des Filletières en fassent de même, il n'y aura rien d'étonnant; on n'en conclura rien pour le fidéicommis; et ils n'en auront pas moins fait, et pendant leur vie et à leur mort, les actes les plus caractéristiques du véritable propriétaire. Eh quelle idée enfin de trouver un fidéicommissaire dans un homme qui a joui d'un bien qu'il avait recueilli, qui l'a géré et administré comme il a voulu, qui l'a donné à qui il a jugé à propos, et qui a transmis ce qui lui en est resté à ceux qui lui ont été plus agréables ! On n'a certainement pas droit de critiquer une pareille administration, ni d'accuser la conscience d'un testateur qui s'est conduit de cette manière ».

Sur ces moyens respectifs, arrêt du jeudi

(1) *V.* l'article *Fidéicommis tacite*.

5 avril 1781, sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier, qui met l'appellation au néant.

Provinces belgiques. Dans les Pays-Bas, comme dans l'intérieur de la France coutumière, il n'y a point de loi particulière qui défende ou permette d'instituer les corps de main-morte héritiers ou légataires universels mobiliers; mais au défaut des coutumes ou des ordonnances des souverains anciens et modernes, on y reconnait presque généralement l'autorité du droit écrit: c'est pour la plupart de ces provinces une loi subsidiaire.

Toutes les dispositions des placards des anciens souverains des Pays-Bas se réduisent à deux points:

Avons ordonné et statué que nuls religieux profès, ni aucuns monastères pour eux, ne pourront se fonder héritiers en aucune maison mortuaire, ni à titre de succession, avoir ou appréhender aucuns biens.

Nous défendons et interdisons à tous, de quelque état et condition qu'ils soient, d'aliéner ou transporter aucuns héritages..... à quelques monastères, églises, colléges, hôpitaux et autres gens de main-morte, par don, vendition, légat, ou autres titres que ce soit.

Ainsi s'expriment les placards de Charles-Quint, des 19 octobre 1520 et 20, février 1528.

La défense de léguer des biens-fonds aux gens de main-morte, ne peut certainement pas être tirée à conséquence pour le pur mobilier, puisqu'au contraire l'exception ne sert qu'à confirmer la règle. Si Charles-Quint avait voulu frapper les gens de main-morte d'une incapacité générale de recevoir par testament, il n'eût pas limité sa prohibition aux immeubles.

Cependant, on a mis en question dans les Pays-Bas, si les corps de main-morte pouvaient être institués héritiers; mais on n'a jamais été assez peu conséquent pour s'aider à cet égard de la défense de leur léguer des immeubles. On s'est uniquement fondé sur ce que *nul religieux, ni aucuns monastères pour eux, ne peuvent se fonder héritiers en aucune maison mortuaire.* On a inféré de là, que les gens de main-morte ne sont pas capables de successions testamentaires.

Mais cette conséquence n'est pas exacte: le placard n'a fermé aux monastères que la voie de la succession *ab intestat;* l'unique objet du législateur, comme l'annonce le préambule, a été de leur ôter le droit qu'ils prétendaient avoir de succéder à la place de leurs religieux, droit exorbitant et qui n'était point tolérable.

Aussi ce système n'a-t-il point été accueilli dans les tribunaux belgiques.

On a quelquefois agité, dit Stockmans, la question de savoir si l'on pouvait instituer héritiers les gens de main-morte: elle a même fait la matière de quelques transactions; mais aujourd'hui elle est décidée pour l'affirmative, lorsque l'Institution n'embrasse que du mobilier. Ce magistrat rapporte ensuite deux arrêts du conseil souverain de Brabant qui l'ont ainsi jugé: l'un du mois de juin 1651, en faveur des cinq paroisses de Louvain; l'autre du 31 janvier 1652, en faveur des *pauvriers* de la ville de Malines.

Le parlement de Paris a aussi confirmé, par arrêt du 17 août 1735, le legs universel fait par François de Saint-Jean, au profit de l'hôpital du petit Saint-Jacques, à Douai.

La même question s'est présentée plusieurs fois au parlement de Douai; mais toujours accompagnée de circonstances particulières.

Un arrêt rendu par cette cour le 6 août 1763, avait ordonné aux administrateurs du Vrai-Mont-de-Piété de Lille, légataires universels du sieur Cornil, *de laisser suivre aux héritiers les biens meubles et immeubles provenans de la succession dudit Cornil.*

Les administrateurs se sont pourvus en révision pour ce qui concernait les meubles seulement; là, ils ont soutenu 1°. que les dispositions universelles de meubles en faveur de gens de main-morte, sont valables dans les Pays-Bas; 2°. qu'une transaction et la prescription dont ils s'étaient appuyés inutilement pour les immeubles, devrait, au besoin, couvrir la prétendue nullité de leur Institution dans les meubles, attendu que les édits concernant les gens de main-morte ne dérogent à l'une et à l'autre, que par rapport aux établissemens et aux acquisitions d'immeubles.

L'intérêt public (disaient-ils) peut faire passer au-dessus des règles ordinaires; mais les règles ordinaires doivent toujours prévaloir sur l'intérêt privé. Il est de l'intérêt public de ne laisser multiplier ni les établissemens, ni les possessions immobilières des gens de main-morte; c'est pourquoi on a voulu que la prescription et les transactions ne pussent les légitimer: mais qu'une fondation pieuse possède des effets mobiliers, il n'y a rien en cela qui blesse les mœurs, la discipline, le bon ordre, le droit public, l'économie de la société; il n'y a que les héri-

tiers du sang qui en souffrent : et toute nullité qui n'est relative qu'à un intérêt particulier, peut être effacée par une transaction et par la prescription.

Nous ignorons lequel de ces moyens a fait le plus d'impression sur les juges. La seule chose certaine est que, par arrêt rendu en révision solennelle le 23 novembre 1765, il a été déclaré qu'erreur était intervenue dans celui du 6 août 1763; et qu'en conséquence, les héritiers Cornil ont été déboutés de la réclamation qu'ils avaient faite des meubles et effets dont il s'agissait.

Dans l'espèce d'un autre arrêt du 14 août 1767, Bernard Dancourt et consorts demandaient que le chapitre de Saint-Géry, de Cambrai, fût condamné à leur restituer tous les biens meubles et immeubles qui se trouvaient compris dans l'Institution d'héritier faite à son profit par un chanoine dont ils étaient les successeurs *ab intestat*. Le chapitre de Saint-Géry se défendait, comme l'avaient fait les administrateurs du Vrai-Mont-de-Piété, de Lille : il se prévalait de la prescription et d'un arrêt du 17 février 1720, qui avait débouté les héritiers de leur demande en nullité du testament. L'arrêt cité a distingué l'Institution mobilière de l'Institution immobilière; il a confirmé la première et annulé la seconde.

Le sieur Houzeau, demeurant à Valenciennes, avait légué par son testament tout ce qui resterait de ses meubles, effets et argent monnayé après l'acquittement de ses dettes, legs particuliers et funérailles, *à tous les pauvres mendians de porte en porte, et reconnus pour tels publiquement en la ville et banlieue de Valenciennes, pour leur être distribué par égales portions, à condition que les pauvres aveugles auraient double part.* Ce legs universel, qui comprenait près de 27,000 livres, a été attaqué par la dame de Sars de Curgies, sœur et unique héritière du testateur. Une sentence des échevins de Valenciennes, du 17 août 1769, en avait ordonné l'exécution : mais, par arrêt du 30 mai 1770, rendu au rapport de M. de Warenghien de Flory, la sentence a été infirmée, le legs déclaré nul; et sans avoir égard à l'intervention de l'hôpital général de Valenciennes, qui demandait que ce legs lui fût appliqué, la dame de Curgies a été maintenue et gardée dans la possession et propriété des meubles et effets du sieur Houzeau.

On croirait, au premier abord, que cet arrêt a jugé les gens de main-morte incapables de recevoir des legs universels de meubles; mais cette question n'a point été agitée dans la cause; et en effet elle y était étrangère, puisque les mendians de Valenciennes n'étaient point appelés comme formant un corps, mais comme des individus particuliers. Aussi le défenseur de la dame de Curgies s'est-il borné à établir que le legs était *fantasque dans le motif, insensé dans l'objet, et impraticable dans l'exécution;* c'est à ces trois propositions qu'il a réduit ses moyens.

Il est donc vrai, pour le dire encore une fois, que le parlement de Douai n'a point encore jugé notre question *in terminis;* mais il est probable, d'après les raisons exposées ci-dessus, que, si elle s'y présentait en thèse, elle y serait décidée en faveur des gens de main-morte.

Nous n'avons entendu parler, dans tout ce que nous venons de dire, que des gens de main-morte légitimement établis. Ceux qui n'ont pas obtenu du prince une autorisation suffisante pour exister dans l'Etat, sont constamment incapables d'être institués héritiers, et même de recueillir de simples legs. La loi 8, C. *de heredibus instituendis*, est là-dessus très-positive : *Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est.* La loi 20, D. *de rebus dubiis*, n'est pas moins formelle : *Corpori cui non licet coire, si legatur, non valebit.*

Ricard rapporte deux arrêts conformes à cette décision, le premier du 8 avril 1647, l'autre du 15 janvier 1658.

Le recueil de Castellan nous en offre un de 1691, qui a jugé la même chose.

Le parlement de Flandre en a rendu de semblables les 8 juillet 1732, 22 juin et 1er. juillet 1735, 2 mars 1737, etc.

Et cette jurisprudence a été expressément confirmée par deux déclarations des 9 juin 1738 et 1er. juin 1739, rendues respectivement pour les Pays-Bas et le ressort du parlement de Metz, et par l'édit du mois d'août 1749, qui est commun à toute la France. L'art. 9 de cette dernière loi déclare nuls tous les établissemens de main-morte qui seront faits à l'avenir sans lettres-patentes dûment enregistrées, et veut *que tous les actes et dispositions qui pourraient avoir été faits en leur faveur, directement ou indirectement*, soient pareillement annulés.

Furgole prétend que les Institutions et les autres dispositions testamentaires qui sont faites pour servir à la fondation d'un corps de main-morte non encore établi, ne sont pas nulles, parcequ'elles renferment la condition tacite, *si cet établissement est autorisé.* « Voilà pourquoi (dit-il) l'effet de la libéralité

» étant conféré dans un temps où le collége » sera capable, il n'y a point de doute qu'elle » ne soit bonne (loi 62, D. *de heredibus instituendis*); et c'est ce qui fait la différence » entre la disposition pure, comme étant » nulle dans son principe, avec celle qui est » conditionnelle ».

C'est aussi ce qu'ont jugé les parlemens de Paris, de Toulouse et de Metz : le premier, par arrêts des 25 avril 1625, 11 mai 1654 et 10 janvier 1665, rapportés au *Journal des Audiences* et par Ricard; le second, par un arrêt du 17 mars 1654, cité plus haut; le troisième, par un arrêt du 14 janvier 1717, inséré dans le Recueil d'Augeard.

On ne peut disconvenir que cette jurisprudence ne soit calquée sur les vrais principes du droit; mais il faut avouer qu'elle tend à multiplier excessivement les corps de main-morte, et qu'ainsi elle est contraire au bien public. C'est par cette considération qu'un arrêt du parlement de Flandre, du 8 juillet 1732, rendu au rapport de M. de Calonne, a déclaré « le legs du prix des meubles, acquêts et » conquêts du testateur (le sieur de Berlaimont), pour l'érection et fondation d'un » collége, faite par son testament, nul et de » nul effet, illicite et contraire aux placards, » édits et ordonnances; en conséquence, a » adjugé lesdits biens meubles, acquêts et » conquêts aux héritiers dudit testateur ».

La décision de cet arrêt a été érigée en loi par les déclarations de 1738 et 1739, et par l'édit de 1749, dont l'art. 2 porte : « défendons » de faire à l'avenir aucune disposition par » acte de dernière volonté, pour fonder un » nouvel établissement de la qualité de ceux » qui sont mentionnés dans l'article précédent, ou au profit de personnes qui seraient » chargées de former ledit établissement, le » tout à peine de nullité; ce qui sera observé » quand même la disposition serait faite à la » charge d'obtenir nos lettres-patentes ».

Les art. 10, 11 et 12 du même édit admettent à réclamer les biens donnés ou aliénés pour ces sortes d'établissemens, 1°. les enfans et héritiers de ceux qui ont fait de pareils actes; 2°. les seigneurs dont les biens sont tenus; 3°. et à leur défaut, les procureurs généraux au nom du roi. [*V.* l'article *Main-morte* (*gens de*)].

Il y a, sur cette matière, une disposition bien remarquable dans un arrêt du 11 mai 1776, rendu au parlement de Flandre.

Bourdon et consorts s'étaient pourvus devant cette cour, pour faire annuler l'Institution universelle faite par le testament du sieur Crul, pour la fondation du petit séminaire de Cambrai.

Dans le cours de l'instruction, effrayés assez mal à propos par les moyens que leur opposaient M. l'archevêque de Cambrai et ses vicaires généraux, exécuteurs du testament et de la fondation, ils avaient déclaré se désister de leur demande; mais malgré ce désistement, l'arrêt cité, « faisant droit sur » les conclusions du procureur général du » roi, déclare la fondation du petit séminaire, » à Cambrai, ainsi que l'Institution d'héri» tier universel mobilière et immobilière, » ordonnée par les testament et codicille, » nulles et de nul effet; adjuge, suivant ce, » aux demandeurs, tous les biens meubles » et immeubles qui ont composé cette fon» dation, etc. ».

M. l'archevêque de Cambrai et ses vicaires généraux se sont fait un moyen, dans une requête en cassation au conseil, et dans une instance en révision au parlement de Flandre, de ce que les conclusions de M. le procureur général ne leur avaient pas été communiquées avant l'arrêt. Nous ne plaidions pas, disaient-ils, contre ce magistrat; nous nous reposions tranquillement sur le désistement de Bourdon et consorts. Nous avons toujours ignoré les conclusions du ministère public; on ne devait donc pas y faire droit, sans au moins nous les avoir communiquées; la défense est de droit naturel; on ne doit condamner personne sans l'avoir entendu. Ces raisons n'ont touché ni le conseil, ni le parlement assemblé : la requête en cassation a été rejetée le 2 août 1776, et l'arrêt de révision du 13 mars 1779 a confirmé celui dont se plaignaient les exécuteurs testamentaires.

Il nous reste à observer, avant de passer à un autre objet, que, quoiqu'il ne soit pas permis de faire des Institutions ni des legs aux colléges ou établissemens non approuvés, on peut néanmoins en faire à chacun des individus qui les composent. Cette exception est écrite dans la loi 20, D. *de rebus dubiis*, rapportée ci-dessus : *Nisi singulis legatur; hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.*

[[Aujourd'hui, les gens de main-morte ne peuvent recueillir l'effet d'aucune disposition, soit testamentaire, soit entre-vifs, s'ils n'y sont autorisés par le gouvernement. (*V.* l'article *Donation*, sect. 3, §. 2, n°. 1.)

Mais il est à remarquer qu'une fois l'autorisation accordée par le gouvernement, les tribunaux ne peuvent plus, comme je l'établirai aux mots *Réduction de Legs*, réduire les Institutions ni les legs au profit des parens

pauvres des testateurs; que le gouvernement a seul ce pouvoir, et qu'il en use quelquefois; et que d'ailleurs il peut accorder, comme de fait il accorde assez fréquemment, son autorisation à des Institutions ou legs qui ont pour objet de former de nouveaux établissemens d'utilité publique.]]

XVIII. On peut encore mettre au nombre des causes d'incapacité absolue, l'incertitude des personnes qui sont l'objet d'une Institution, ou de toute autre disposition testamentaire.

Le §. 25, Inst. *de legatis*, nous apprend que, dans l'ancien droit, il n'était pas permis de disposer en faveur de personnes incertaines, quoiqu'elles pussent être connues par quelque événement; comme si un testateur eût dit : *j'institue mon héritier celui qui sera nommé consul l'année prochaine;* et cela avait lieu même par rapport aux testamens de soldats. Cependant on pouvait disposer en faveur de personnes incertaines, prises dans un nombre certain, comme si l'on avait dit : *Celui de mes parens du côté maternel qui donnera sa fille en mariage à mon fils, je l'institue héritier pour un quart.*

Justinien annonce dans le §. 27 du même titre, qu'il a porté une loi par laquelle il a changé cette jurisprudence, tant pour les Institutions d'héritier que pour les legs fidéicommis : *non solùm in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis.* Cette loi ne se trouve point dans le Code; mais les interprètes, et entre autres Vinnius, croient qu'elle voulait que l'incertitude de la personne de l'héritier ou du légataire n'empêchât pas la validité de la disposition, lorsque cette incertitude pourrait être levée par quelque événement présent ou futur, comme dans les deux exemples que nous venons de proposer. De là vient que, par l'arrêt du 25 avril 1625, cité plus haut, n°. 17, le parlement de Paris a confirmé un legs fait aux Ursulines qui pourraient s'établir dans vingt ans à Troyes.

Lorsque l'incertitude ne peut être levée par quelque désignation qui indique la personne d'une manière certaine, ni par quelque événement qui opère le même effet, la disposition est nulle. Ce que nous avons dit là-dessus dans la sect. 4, nous dispense d'entrer ici dans de plus grands détails.

Nous observerons seulement que, pour faire cesser la nullité, il ne suffirait pas que le testateur laissât à la volonté d'un tiers le moyen de lever l'incertitude de l'Institution; car, nous l'avons déjà dit, sect. 4, on ne peut pas instituer un héritier par le ministère d'un tiers.

Il s'était introduit un usage contraire à Strasbourg, dans les testamens que les époux faisaient en faveur les uns des autres. Mais il a été aboli par une déclaration du 23 décembre 1744, que le conseil souverain d'Alsace a enregistrée le 23 janvier 1745.

» Nous avons été informés (porte cette loi), que, contre les principes établis par les lois romaines, qui sont regardées comme le droit commun de l'Alsace, et contre la disposition du statut local de la ville de Strasbourg, qui ne permet aux conjoints par mariage que de se donner l'usufruit et non la propriété de leurs immeubles, à moins qu'ils n'y soient autorisés par le magistrat, on a laissé introduire dans la même ville, depuis un siècle ou environ, l'usage d'une espèce de testament, par lequel on a trouvé le moyen d'éluder en même temps et les règles du droit civil et l'esprit du statut municipal. Celui des deux conjoints qui fait ces sortes de testamens, y institue un héritier dans des termes qui portent qu'au défaut de tous les héritiers de la ligne descendante ou ascendante, le testateur ou la testatrice institue, pour ses héritiers, ceux qui seront en droit de succéder à l'autre conjoint, soit *ab intestat* ou par testament, l'usufruit réservé au survivant qui acquiert ainsi la liberté de donner, par son testament, tels héritiers qu'il lui plaît à celui qui est mort le premier. Cette forme de disposition est devenue si commune, que depuis l'année 1638, il se trouve dans les minutes des notaires de la ville de Strasbourg, plus de cinq cents testamens qui renferment de semblables Institutions; et des héritiers du sang en ayant voulu attaquer une en 1687, elle fut confirmée par une sentence du magistrat de Strasbourg, après que la preuve de l'usage eut été rapportée; et notre conseil supérieur d'Alsace n'eut aucun égard à l'appel qui fut interjeté de cette sentence. Mais malgré cette espèce de possession qui semblait avoir prévalu aux véritables règles, un testament fait par le nommé Jean-Jacques Frantz, habitant de la ville de Strasbourg, le 10 juin 1726, qui a été attaqué par ses héritiers légitimes, a donné lieu à notre conseil supérieur d'Alsace, de rendre un arrêt contradictoire, le 26 juin 1742, par lequel, en infirmant une sentence du sénat de Strasbourg, qui avait jugé l'Institution valable, ce conseil l'a déclarée nulle, et a adjugé la succession du mari à ses héritiers légitimes, avec restitution de fruits. Quoique ce jugement soit entièrement conforme aux principes du droit romain et à la disposition

du statut de Strasbourg, et qu'il ne tendè qu'à réformer un abus pour revenir au droit commun, nous avons considéré qu'on pourrait se prévaloir de ce préjugé pour attaquer dans la suite beaucoup de testamens qui contiennent une pareille Institution, et troubler par-là un grand nombre d'anciens et paisibles possesseurs dans la jouissance des biens qui sont depuis long-temps entre leurs mains, ou en vertu de testamens pleinement exécutés, ou sur la foi d'actes de partage, de contrats de mariage, ou de ventes. C'est dans ces circonstances que nous avons jugé à propos de fixer, d'un côté, par une décision invariable, quelle doit être la véritable jurisprudence dans cette matière; et, d'un autre côté, d'assurer l'état de ceux dont la possession, fondée sur des titres que l'erreur commune avait fait considérer comme valables, n'a point été interrompue jusqu'à présent par aucune demande formée en justice. Nous concilierons, par ce tempérament, l'autorité des lois qui doivent être observées dans notre province d'Alsace, avec les sentimens d'équité qui exigent que l'on ferme les yeux sur le passé, en faveur de la bonne foi, et que l'on prévienne tout ce qui pourrait troubler à l'avenir le repos des familles, dans une grande ville dont les habitans méritent, par leur fidélité et par leur zèle pour notre service, que nous leur donnions de plus en plus des marques de notre protection. A ces causes....., voulons et nous plaît ce qui suit.

» Art. 1. La prohibition portée par les lois romaines, d'instituer pour héritiers des personnes incertaines ou d'en laisser le choix à un tiers, sera observée dans notre ville de Strasbourg, ainsi que dans le reste de la province d'Alsace; et en conséquence, déclarons nulles et de nul effet les Institutions faites par mari ou femme en faveur de ceux qui se trouveront être les héritiers légitimes ou testamentaires du survivant. Voulons que, sans avoir égard aux testamens qui contiendront de pareilles dispositions, les biens qui y sont compris appartiennent aux héritiers légitimes des testateurs, sans préjudice néanmoins de l'exécution des legs particuliers et autres dispositions portées par lesdits testamens.

» 2. Voulons néanmoins que, lorsqu'il s'agira de testamens faits par des testateurs qui seront décédés avant le jour de la publication des présentes, et qu'il n'y aura eu aucune action intentée en justice avant ledit jour, par les héritiers desdits testateurs, pour faire déclarer nulles les Institutions mentionnées dans l'article précédent, ils ne puissent plus y être admis, sans préjudice au surplus des autres moyens de fait ou de droit qu'ils pourraient proposer contre lesdits testateurs.

» 3. N'entendons que, même dans les cas où il y aurait eu des demandes formées avant la publication des présentes, au sujet des Institutions portées par lesdits testamens, il puisse être donné atteinte aux transactions, partages ou autres actes valables passés entre les parties intéressées, ni aux jugemens auxquels elles auraient acquiescé, ou qui auraient passé en force de chose jugée; lesquels actes ou jugemens seront exécutés comme avant ces présentes, qui ne pourront préjudicier aux fins de non-recevoir résultantes, soit desdits actes ou jugemens, soit d'une prescription acquise en faveur des héritiers institués par lesdits testamens, par le temps requis suivant les lois ».

Au surplus, l'incertitude n'annulle pas les dispositions faites au profit des captifs ou des pauvres, sans aucune désignation, parceque les lois ont pris le soin de faire l'application des libéralités que le testateur leur laisse d'une manière vague et incertaine.

La loi 49 C. *de episcopis et clericis*, en contient une décision expresse pour les captifs: *cùm desiderat quis totam suam substantiam pro redemptione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes, ne videatur quasi incertis personis heredibus institutis judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus ejusmodi et talem institutionem pietatis causâ valere, et non esse respuendam.*

La loi 24 du même titre décide la même chose par rapport aux pauvres: *Id quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, non ut incertis personis relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat.*

L'arrêt du 30 mai 1770, rapporté ci-dessus, n°. 17, n'est point contraire à cette décision. Il est vrai qu'il annulle un legs universel fait *aux pauvres mendians de porte en porte*; mais c'est précisément cette qualité de *mendians* qui en a été le motif. Le parlement de Flandre a regardé la disposition du sieur Houzeau comme une infraction aux ordonnances de police qui défendent la mendicité, ou au moins comme une récompense des contraventions journalières que souffrent ces règlemens: et c'est par cette considération qu'il l'a déclarée nulle.

[[Aujourd'hui, les dispositions faites au profit des *pauvres d'une commune*, sont sans effet, si le gouvernement ne les autorise. *V.* l'art. 910 du Code civil, et ci-devant n°. 17.]]

Nous établirons ci-après, sect. 6, les règles qu'il faut suivre pour faire une application exacte des Institutions et des legs laissés aux pauvres et aux captifs, sans autre désignation.

XIX. L'héritier qui a écrit lui-même la disposition faite en sa faveur, est incapable d'en profiter. Cette proposition est développée au mot *L égataire*, §. 2, n°. 20.

§. II. *Des personnes dont l'incapacité n'est que respective.*

Ces personnes sont 1°. les tuteurs, curateurs, gardiens, baillistres et autres administrateurs, à l'égard de ceux dont ils gèrent les affaires;

2°. Les médecins, chirurgiens, apothicaires, à l'égard des malades qu'ils traitent;

3°. Les novices, à l'égard des monastères dans lesquels ils font leur année d'épreuve;

4°. Les confesseurs, par rapport à leurs pénitens ou pénitentes;

5°. Les époux et les concubinaires entr'eux;

6°. Les bâtards et les enfans nés de mariages contractés *in extremis*, ou tenus secrets, relativement à leurs pères, mères et autres ascendans, etc., etc.

Nous n'entrons point ici dans le développement de chacune de ces incapacités, ni des exceptions qu'elles peuvent admettre; on trouvera tout cela traité aux articles *Adultère*, *Concubinage*, *Clandestinité*, *Mariage*, *Apothicaire*, *Chirurgien*, *Médecin*, *Avantages*, *Bâtard*, *Confesseur*, etc.

[[On verra d'ailleurs aux mêmes articles, que plusieurs de ces incapacités sont abolies ou modifiées par les lois nouvelles.]]

§. III. *Quel temps faut-il considérer pour savoir si l'héritier institué est capable ou incapable?*

I. Pour connaître quels sont, suivant les principes des lois romaines, les temps auxquels l'institué doit être capable de recevoir, il faut distinguer les héritiers *étrangers* d'avec les héritiers *siens*.

Le droit romain exige que les héritiers *étrangers*, c'est-à-dire, tous ceux qui ne sont pas sous la puissance du testateur, soient capables en trois temps, savoir, lors du testament, lors du décès du testateur, et lors de l'adition de l'hérédité. Ces trois époques sont les seules qu'il faut considérer; les temps intermédiaires sont indifférens. Tout cela est nettement décidé par la loi 49, §. 1, *de heredibus instituendis*, dont voici les termes: *In extraneis heredibus illud observatur ut sit cùm eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt; et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit Institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Hoc ampliùs et cùm adibit hereditatem, esse debet cùm eo testamenti factio.... ; nam jus heredis eo vel maximè tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris.... mutatio juris non nocet heredi, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus.*

On sent, à la seule lecture de ce texte, les raisons sur lesquelles en sont fondées les dispositions.

1°. On exige que l'institué soit capable au temps de l'Institution, parceque la règle de Caton, qui est particulière aux testamens, veut qu'une disposition nulle dans son principe, ne puisse pas devenir valable par la suite. *Catoniana regula sic definit: Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret id legatum, quandòcumque decesserit, non valere.* Ce sont les termes de la loi 1, D. *de regulâ Catoniand.* Cette règle ne parle, à la vérité, que des legs; mais elle a été faite dans un temps où le droit ancien était en pleine vigueur; et alors, comme nous l'apprend la loi 120, D. *de verborum significatione*, le mot *legatum* désignait aussi bien une Institution d'héritier qu'un simple legs. On opposerait inutilement la loi 3, D, *de regulâ Catoniand*: quoiqu'elle dise généralement, *regula Catoniana non pertinet ad hereditates*; il faut, suivant les interprètes, en restreindre la disposition aux Institutions conditionnelles; et cela est si vrai, que la loi suivante ajoute, par forme d'exception à la règle dont il s'agit: *Catonis regulam ad conditionales Institutiones non pertinere*, exception que nous développerons ci-après.

2°. Il est essentiel que l'héritier institué soit capable au temps de la mort du testateur, parceque c'est alors que la succession est ouverte, et que par conséquent il faut que la personne appelée à la recueillir, y soit habile.

3°. La capacité de l'héritier est encore nécessaire au temps de l'adition, parceque c'est cet acte qui le rend vraiment maître de l'hérédité.

4°. Les temps intermédiaires à ces trois époques sont indifférens; en sorte que l'incapacité survenue à l'héritier institué après la confection du testament, ne rend point cet acte nul, lorsqu'elle se trouve effacée au moment du décès du testateur. Ceci a lieu même dans le cas où l'incapacité intermédiaire de

l'institué provient du fait de l'instituant. La loi 50, D. *de heredibus instituendis*, le prouve bien clairement : *Servum meum heredem institutum cùm libertate, si vivus vendidero ei cùm quo testamenti factio non est, posteàque eum redemero, ex testamento mihi heres esse poterit. Nec medium tempus quo apud eum fuit, vitiavit Institutionem.*

La nécessité d'être habile à succéder dans les trois temps, dont on vient de parler, admet quelques exceptions.

1°. On a vu plus haut, §. 1, n°. 6, que ceux qui étaient prisonniers de guerre chez les ennemis, pouvaient être institués durant leur captivité, et qu'il leur suffisait d'être de retour à la mort du testateur, pour profiter de l'Institution; on ne considérait donc pas à leur égard le temps de la confection du testament, ou plutôt on feignait, conformément à la loi Cornélia, qu'ils n'avaient jamais été captifs, et que par conséquent ils s'étaient trouvés capables au moment où l'on avait disposé en leur faveur.

2°. Il suffit à ceux qui sont institués par des soldats, d'être capables au temps de décès de ceux-ci : *Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut Institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut à milite institui poterit*, dit la loi 13, §. 2, D. *de testamento militis*.

3°. Nous disions, il n'y a qu'un instant, que la règle de Caton n'a pas lieu dans les Institutions conditionnelles; et en effet, comme c'est uniquement sur cette règle qu'est fondée la nécessité de l'habileté au temps de la confection du testament, et que d'ailleurs l'héritier institué conditionnellement n'a aucun droit à l'hérédité avant que la condition soit arrivée, on exige seulement qu'il soit capable dans deux temps; savoir, lorsque cette condition arrive ou s'accomplit, et lorsqu'il accepte l'hérédité. Que sa capacité ne soit pas requise au temps du testament, c'est, comme on vient de le voir, ce qui résulte de la règle même de Caton; et qu'elle ne soit pas nécessaire au temps de la mort du testateur, c'est ce qu'établit formellement la loi 59, §. 4, D. *de heredibus instituendis*, dont voici les termes : *Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deindè ei aquâ et igni interdictum est, heres fit, si intrà illud tempus quo testator decessit, redierit, aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit.*

C'est sur ce fondement que la loi 62 du même titre déclare qu'on peut instituer une personne incapable pour recueillir l'hérédité dans un temps où elle sera capable : *In tempus capiendæ hereditatis institui heredem posse benevolentiæ est : veluti, Lucius Titius cùm capere poterit, heres esto.* (1)

Nous venons de dire que l'héritier institué sous condition doit aussi être capable au temps où il accepte l'hérédité : c'est en effet ce que décide le §. 4, D. *de heredum qualitate et differentiâ*, aux Institutes : *Hoc ampliùs et cùm adit hereditatem esse debet cùm eo testamenti factio, sive purè, sub sive conditione heres institutus sit.*

II. Tous les textes que nous venons de citer, ne parlent que des héritiers *étrangers*. Quant aux héritiers *siens*, on convient généralement qu'ils doivent être capables au temps de la mort du testateur, mais qu'il n'est pas nécessaire pour eux de l'être au temps où ils acceptent l'hérédité. La raison de ce dernier point est que les enfans *siens* deviennent en quelque sorte héritiers de plein droit par la mort de leur père; que c'est, pour eux, plutôt une continuation de propriété qu'une acquisition nouvelle, suivant l'expression de la loi 11, D. *de liberis posthumis*. Aussi étaient-ils dans l'ancien droit héritiers nécessaires, comme on l'a vu au mot *Héritier*, sect. 2, §. 2, n°. 2.

Mais c'est une question si les héritiers *siens* doivent être capables au temps du testament.

Furgole soutient la négative. Suivant cet auteur, il suffit qu'ils aient la capacité requise au moment du décès du testateur; ce qu'il fonde sur la loi 4, §. 10, D. *de bonorum possessione contrà tabulas*, conçue en ces termes : *Liberi qui institui heredes jure non possunt, nec contrà tabulas bonorum possessionem petere possunt. Hæc autem verba*, institui non possunt, *ad mortis tempus referuntur.*

Furgole n'a sûrement pas fait attention que ce texte ne parle point du tout des héritiers *siens*, mais des enfans émancipés, les seuls qui, dans le droit du Digeste, avaient besoin de la possession des biens *contrà tabulas*, lorsque leur père ne les avait pas institués. Cette loi prouverait donc trop et conséquemment ne prouverait rien, s'il pouvait en résulter le sens que lui attribue Furgole.

Veut-on se convaincre qu'elle ne dispense pas les enfans institués par leur père, de la nécessité d'être habiles à lui succéder lors du

(1) Nous avons indiqué ci-dessus, §. 1, n°. 17, une exception à cette règle, par rapport aux gens de main-morte.

testament? Il ne faut pour cela qu'en bien pénétrer l'esprit et l'objet. Elle commence par mettre en principe, que les enfans capables d'être institués, sont les seuls capables de former une demande en possession des biens *contrà tabulas*, ou, ce qui est la même chose, de réclamer dans la succession paternelle la part qu'ils y auraient eue *ab intestat*. Mais quoi! pour être héritier *ab intestat*, il suffit de s'en trouver capable lors du décès de celui à qui il est question de succéder; au lieu que, pour être héritier testamentaire, il faut encore, lors qu'on est *étranger*, c'est-à-dire, lorsqu'on n'était pas sous la puissance du défunt au moment de sa mort, être capable au temps du testament et de l'adition d'hérédité! Il résultera donc du principe établi par la loi dont il s'agit, que le fils émancipé ne pourra pas prendre sa part *ab intestat* dans la succession de son père, à moins qu'il n'en ait été capable au temps du testament qui l'a passé sous silence, et qu'il ne le soit encore en acceptant l'hérédité! On sent d'abord que cette conséquence est absurde; aussi la loi prend-elle soin d'empêcher elle-même qu'on ne la déduise de son principe; c'est ce qu'elle fait, en ajoutant: *Hæc autem verba* institui non possunt, *ad mortis tempus referuntur*, c'est-à-dire que, pour former une demande en possession de biens *contrà tabulas*, ou en d'autres termes, pour succéder *ab intestat*, il suffit d'avoir la capacité requise au temps de la mort du défunt. Il n'y a là rien, comme on le voit, d'où l'on puisse conclure que les héritiers *siens* soient dispensés d'être capables lors de la confection du testament.

Ce qui prouve d'ailleurs invinciblement le contraire, c'est la généralité de la maxime établie par la loi 210, D. *de regulis juris*: *Quæ ab initio inutilis fuit Institutio, ex post facto convalescere non potest.* Les enfans *siens* ne sont exceptés de cette règle par aucune loi; on doit les regarder comme compris dans sa disposition.

Furgole trouve absurde qu'un enfant puisse succéder *ab intestat*, quand il n'en est point incapable au décès de l'ascendant, sans qu'il faille considérer aucune autre époque; et qu'il ne puisse pas succéder en vertu d'un testament, sous prétexte de l'incapacité dont il était frappé, au moment où la disposition a été faite.

Il y a cependant entre les deux cas une raison de différence très-sensible. Quand on succède *ab intestat*, c'est à la loi seule qu'on doit la succession; et comme la loi n'agit qu'au moment de la mort de celui à qui l'on succède, il est clair qu'il suffit d'avoir en cet instant toutes les qualités requises pour recevoir l'impression de son bienfait. Mais quand nous succédons en vertu d'un testament, c'est de cet acte seul que nous tirons tout notre droit; conséquemment si nous sommes incapables de recevoir une libéralité testamentaire lors de la confection de ce même acte, il est impossible que nous ressentions l'effet de ses dispositions.

D'ailleurs, l'objection de Furgole prouve encore trop, puisqu'il en résulterait que des parens collatéraux habiles à succéder *ab intestat*, pourraient recueillir une Institution faite en leur faveur, quoiqu'ils eussent été incapables dans le temps de la confection du testament; ce qui est diamétralement opposé aux principes de Furgole lui-même.

Tenons donc pour constant que le droit romain exige, pour donner effet aux Institutions faites au profit d'héritiers *siens*, qu'ils soient habiles à les recueillir, non seulement lors du décès du testateur, mais encore au temps de la confection des testamens; et comme il n'y a point de raison pour que cette jurisprudence n'ait point lieu dans nos mœurs, il faut dire avec Ferrière, sur le §. 4, Inst. *de heredum qualitate et differentiâ*, qu'il n'y a sur ce point aucune différence entre le droit romain et le droit français; en sorte que les enfans qui veulent succéder à leur père, en vertu de son testament, doivent nécessairement réunir la double capacité dont on vient de parler.

III. Si nos usages n'ont point dérogé aux lois romaines par rapport aux héritiers *siens*, il n'en est pas de même relativement aux héritiers *étrangers*. On tient constamment que ceux-ci ne doivent plus être capables au temps où ils acceptent l'hérédité. La raison qu'on donne de ce changement de jurisprudence, paraît sans réplique. Il est de maxime dans toute la France que *le mort saisit le vif*: comme cette règle a aussi bien lieu dans les successions déférées par testament, que dans celles qui sont déférées par la loi seule, l'héritier *étranger* institué purement, est, parmi nous, saisi de plein droit de l'hérédité au moment du décès du testateur, comme l'était l'héritier *sien* dans le droit romain; et cela est si vrai, qu'il la transmet de même que celui-ci, quoiqu'il décède sans l'avoir acceptée. « On ne doit donc (c'est Furgole qui » parle) considérer dans les pays de droit » écrit, que deux temps pour les Institutions » pures: savoir, celui du testament et celui » de la mort du testateur, et non celui de

» l'acceptation de l'hérédité, parceque la » nécessité de l'acceptation de l'hérédité pour » l'acquérir et la transmettre, étant abrogée » par la maxime *le mort saisit le vif*, la » capacité, lors de cette troisième époque, se » trouve abrogée par voie de conséquence, » comme l'a fort bien remarqué Duval dans » ses *Institutions du droit français*, liv. 2, » chap. 15 ».

Nous disons que la capacité est encore requise dans nos mœurs pour le temps du testament. Mais l'art. 49 de l'ordonnance de 1735 n'est-il point contraire à cette doctrine? Cet article porte, comme on l'a vu plus haut, qu'on ne peut instituer héritiers ceux qui ne sont ni nés ni conçus lors de la mort du testateur; et il résulte clairement de là que l'Institution d'une personne à naître qui n'est pas conçue, ni par conséquent habile à succéder, dans le temps du testament, ne laisse pas d'être valable si cette personne est née ou conçue lorsque le testateur vient à mourir. D'après cela, ne peut-on pas dire que l'ordonnance déroge au droit romain, au sujet de la capacité requise lors du testament?

Non, répond Furgole, « elle ne fait que » décider une grande difficulté diversement » traitée et décidée par les interprètes, si les » personnes à naître pouvaient être instituées; et elle confirme l'opinion de ceux qui » tenaient la négative, à moins que l'héritier » ne soit né ou conçu lors de la mort du » testateur; en quoi le législateur a pris un » milieu entre les deux opinions, sur ce fondement que l'Institution d'une personne » non encore née ni conçue, renferme cette » condition tacite *si elle vient à naître*, auquel cas, même selon le droit romain, la » capacité au temps du testament n'est pas » considérée, comme nous l'avons prouvé. Le » cas de l'art. 49 est donc particulier, et il ne » doit pas être tiré à conséquence pour les » autres cas, où la capacité est ou n'est pas » requise, selon les lois, lors du testament ».

Cet auteur n'est pas le seul qui ait soutenu, relativement à nos mœurs, la nécessité d'être habile au temps de la confection d'un testament, pour pouvoir succéder en vertu de cet acte.

Voët, sur le Digeste, dit également que, *si minor instituerit curatorem, præceptorem, magistrum sub quo tyrocinium facit, et moriatur postquàm jam major factus vel aliter curatoriæ potestati subductus est, aut tyrocinii tempus adimplevit, inutilis Institutio est; quia facti testamenti tempore institutus capere nihil potuit ex testamento minoris, nec tractu temporis convalescere debuit quod ab initio vitiosum erat.*

Wesel, *ad novellas Ultrajecti Constitutiones*, enseigne précisément la même chose; et Rodemburg, *de jure conjugum*, tit. 2, part. 2, chap. 4, rapporte un jugement qui a confirmé cette doctrine. Voici comment il s'explique (nous nous servons de la traduction de Boullenoir):

« Par un édit de Charles-Quint (de 1540), toute disposition testamentaire faite par un des mineurs, de leurs biens immeubles au profit de leurs curateurs, est nulle.

» Un jeune homme de la province d'Utrecht, âgé de dix-huit ans passés, mais qui n'en avait pas vingt, institue son curateur son héritier, et meurt trois ans après. Il fut question de la capacité de l'héritier; et d'abord j'observerai qu'encore que le mâle parmi nous, âgé de dix-huit ans commencés, soit maître de ses droits, cependant comme il lui est défendu d'aliéner ses immeubles avant vingt ans, sans le consentement de son curateur, on ne fit pas grand doute que ce testateur était assujéti, au moment de son testament, à l'édit de Charles-Quint.

» Mais on fit plus de doute si, ayant depuis acquis l'âge de vingt ans accomplis, il était encore assujéti à l'édit de Charles-Quint, et l'on se détermina à dire qu'il n'y était plus assujéti; car cet édit ne peut être appliqué qu'à ceux qui sont encore actuellement sous l'autorité d'un curateur. On ne peut pas dire en effet qu'un homme a laissé à son curateur quand il n'a plus de curateur, la curatelle était finie, et la raison qui a occasioné l'édit, cesse.....

» Le point de la difficulté se réduit donc à savoir s'il suffisait à l'héritier d'être capable au temps de la mort du testateur, ou s'il fallait encore qu'il le fût au temps que s'était fait le testament; et il a paru plus convenable à notre conseil provincial (d'Utrecht), de dire qu'il fallait qu'il le fût dans l'un et l'autre temps; en sorte qu'il a confirmé d'une seule voix le jugement du juge d'Utrecht, qui, sans avoir égard au testament, avait admis l'héritier *ab intestat* à recueillir les biens immeubles, n'ayant pas été trouvé raisonnable que ce qui était nul dans son principe, pût, par le seul laps du temps, avoir force et autorité ».

IV. On a vu plus haut que le droit romain n'exige la capacité pour les Institutions conditionnelles, qu'au temps de l'événement de la condition et au temps de l'adition d'hérédité. Comme la capacité, à cette dernière

époque, n'est plus nécessaire aujourd'hui pour les Institutions pures, elle ne doit pas l'être non plus pour les Institutions conditionnelles. Il suffit donc, pour profiter d'une disposition de cette espèce, d'être habile au temps de l'accomplissement de la condition.

Furgole fait là-dessus une observation qu'il faut transcrire ici :

« On doit excepter du cas que nous venons de décider, au sujet de la capacité, pour recueillir les Institutions conditionnelles, ceux qui ne sont ni nés ni conçus lors de la mort du testateur, parceque l'ordonnance de 1735, art. 49, veut que sa disposition ait lieu dans tous les cas pour les Institutions testamentaires; elle veut donc qu'elle ait lieu à l'égard des Institutions, quoique conditionnelles.

» Mais, nous croyons que, quand l'héritier est né lors de la mort du testateur, l'Institution conditionnelle doit avoir son effet, quoique l'héritier soit incapable au temps de la mort du testateur, pourvu qu'il soit capable lorsque la condition arrive, parceque l'ordonnance ne dit point que l'Institution sera nulle hors du cas du défaut de naissance ou de conception de l'héritier ou des héritiers institués, et qu'il ne faut pas étendre cette ordonnance hors de son cas, à l'égard duquel elle s'est conformée à l'esprit du droit romain; car, suivant la loi 14, *de jure codicillorum*, au Digeste, *esse debet cui datur*, au lieu qu'il n'en est pas de même des autres cas; ainsi, on ne pourrait point l'y étendre, sans supposer qu'elle déroge au droit romain, ce qui ne peut s'induire que d'une disposition expresse et littérale, qu'on ne trouve pas dans l'art. 49 déjà cité ».

[[V. Le Code civil est muet sur toute cette matière : il dit seulement, art. 906, comme on l'a vu ci-devant, sect. 5, §. 1, n°. 4, que, « pour être capable de recevoir » par testament, il suffit d'être conçu à l'é- » poque du décès du testateur »; et comme il est évident que de cette disposition l'on ne peut pas inférer que tous ceux qui sont conçus à l'époque du décès du testateur, sont, par cela seul, habiles à recevoir par testament, il est évident aussi que tout ce que l'on peut en conclure avec certitude, c'est que, pour déterminer l'incapacité qui résulte de l'inexistence de l'institué ou du légataire, ce n'est pas à l'époque où le testateur a fait son testament, mais seulement à celle où il est décédé, que l'on doit avoir égard. L'art. 906 du Code civil n'en dit donc pas davantage que l'art. 49 de l'ordonnance de 1735; il ne fait donc, comme celui-ci, que décider qu'on peut instituer un enfant à naître, et que son Institution est valable, s'il est conçu au moment du décès du testateur. Or, on a vu plus haut, n°. 3, que l'art. 49 de l'ordonnance de 1735 ne dérogeait pas aux dispositions des lois romaines, concernant les diverses époques où, indépendamment de l'existence de l'héritier institué, la capacité était requise dans sa personne; il semble donc qu'il en doive être de même de l'art. 906 du Code civil.

Et effectivement, l'art. 906 du Code civil ne déroge pas, par lui-même, à ces dispositions, puisque, encore une fois, il se borne à décider qu'un enfant à naître peut être institué, et qu'il l'est utilement lorsque sa conception a devancé la mort du testateur. Mais il n'en est pas moins vrai, que les dispositions du droit romain, sur cette matière, *ont cessé de faire loi*, à compter du jour où a été promulgué le titre du Code civil relatif aux testamens. Cela est écrit en toutes lettres dans l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12.

Ainsi, les tribunaux peuvent bien encore aujourd'hui prendre ces dispositions pour règle de leurs jugemens, mais ils n'y sont plus obligés; et le procès-verbal de la discussion de la loi du 30 ventôse an 12, au conseil d'état, nous apprend que c'est dans ce sens qu'a été rédigé l'art. 7 de cette loi. (*V.* l'article *Raison écrite.*)

Au surplus, l'Institution d'héritier n'ayant plus aujourd'hui que l'effet d'un legs universel, la question de savoir à quelle époque doit être considérée la capacité de l'héritier institué, se confond avec celle de savoir à quelle époque doit être considérée la capacité du légataire. Ainsi, *V.* l'article *Légataire*, §. 3.]]

SECTION VI. *Règles pour connaître quels sont les héritiers que le testateur a entendu instituer, lorsqu'il ne s'est pas expliqué assez précisément.*

I. Un testateur qui a un frère chargé de plusieurs enfans, s'exprime ainsi : « J'institue » héritiers les enfans de mon frère »; on demande s'il est censé appeler ceux qui naîtront et ne seront conçus qu'après sa mort, concurremment avec ceux qui sont nés ou conçus de son vivant?

Les interprètes sont fort partagés là-dessus. L'avis du plus grand nombre est que les enfans conçus après le décès du testateur, sont institués comme les autres; et cette opinion, qu'ils fondent sur une simple présomption de volonté, a été adoptée par un arrêt du conseil souverain de Brabant, du 26 fé-

vrier 1650, inséré dans le Recueil de Stockmans, §. 26. Mais nous devons sans difficulté juger autrement depuis que l'ordonnance de 1735 a statué, art. 49, [[comme l'a également fait depuis l'art. 906 du Code civil]], que l'Institution d'héritier ne peut valoir en aucun cas, si ceux au profit de qui elle a été faite, ne sont ni nés ni conçus lors de la mort du testateur : il est sensible, en effet, que, si la volonté expresse d'un homme ne suffit pas pour que des personnes conçues et nées après son décès, puissent lui succéder, à plus forte raison sa volonté tacite ou présumée doit-elle être impuissante pour leur attribuer le droit de succéder.

II. Si un testateur, étant en célibat ou marié en premières noces, institue sa femme, sans la désigner par son nom propre ni par quelque autre marque certaine, et qu'à sa mort il se trouve avoir été marié deux ou trois fois, sa dernière femme qui lui survivra, pourra-t-elle réclamer l'effet de cette Institution?

L'affirmative ne souffre aucun doute dans le cas d'un testament fait par un homme encore célibataire en faveur de sa femme future. Mais il y a plus de difficulté, par rapport à la disposition faite par un testateur marié en premières noces. Menochius et Fachinée prétendent que la dernière femme est censée instituée; Mantica, Brunneman, Peckius, Sommeren et Voët soutiennent au contraire que l'Institution est bornée à la première femme, et que par conséquent elle est devenue caduque par le prédécès de celle-ci.

On fonde la première opinion sur la loi 4, C. *de liberis et posthumis,* suivant laquelle, lorsqu'un père institue l'enfant qui naîtra de lui après sa mort, sa disposition ne comprend pas seulement l'enfant qu'il espère de sa femme actuellement enceinte, mais encore celui qu'il pourra avoir d'un second mariage.

On s'appuie encore sur la loi 19, D. *de rebus dubiis*, portant qu'un legs fait par un testateur à ses parens collatéraux, doit aussi profiter à ceux qui sont entrés dans sa famille par une adoption postérieure au testament.

On allègue en faveur de l'opinion contraire, la loi 47, §. 1, D. *de legatis* 3o., qui dit : *Quæ prioris uxoris causâ parata sunt, ita posteriori debentur, si ei assignata sunt : quia non est ita de posteriore uxore cogitatum, cùm compararentur;* et la loi 89, §. 1, D. *de verborum significatione,* suivant laquelle, *hoc sermone,* dùm nupta erit, *primæ nuptiæ significantur.* Voët justifie ainsi l'application de ce texte : *ratio differentiæ non apparet cur de nuptiis dicta magis ad primas tantùm pertinerent, quàm de uxore disposita ad primam aut saltem præsentem restringerentur uxorem.*

Mais une raison beaucoup plus convaincante que ces deux textes, est qu'on ne doit pas présumer un mari assez peu attaché à son épouse et à la foi qu'il lui a jurée, pour penser de son vivant à une seconde femme, et disposer en sa faveur. Une telle présomption est trop contraire aux bonnes mœurs et à la décence publique, pour que les tribunaux puissent confirmer une disposition dont elle serait le seul fondement. D'ailleurs il arrive assez souvent qu'une première femme mérite les libéralités de son mari par sa douceur, sa complaisance et la régularité de sa conduite, tandis qu'une seconde s'en rend indigne par un caractère dur, impérieux et fantasque : *undè fieret,* dit Voët, *ut alieni bene meriti præmium caperet, quæ nihil ipsa promerita est.*

On peut encore appuyer cette opinion d'un arrêt du 1er. février 1709, rapporté par Brillon, qui a jugé qu'un legs fait par la dame de Béthune d'Orval à sa cuisinière, pourvu qu'elle fût à son service jusqu'à son décès, n'était point dû à la cuisinière qui se trouvait au temps de la mort de la testatrice, celle du temps du testament étant prédécédée.

Les textes qu'on oppose, ne sont pas d'un grand poids. Voët y répond avec beaucoup de justesse et de précision : *De cognatis etiam futuris,* dit-il, *sine probro et amoris violatione cogitare atque in eorum favorem disponere licet ei qui jam quosdam cognatos habet; et de posthumis quibuscumque sollicitudinem ac curam testamento significare, non pium modò, sed et necessarium est, ne alioquin ob posthumi vel quasi posthumi cujus cumque præteritionem supremum parentis elogium infirmetur : cùm ex adverso, secundùm antè dicta, non satis honesta atque verecunda, imò ominosa nimis cogitatio sit de uxore secundâ ex affectione in testamento honorandâ, dùm prior vitæ socia cùm consortii individui volo adhuc superstes est.*

III. Lorsqu'un testateur a institué ceux qui devaient lui succéder *ab intestat,* est-il présumé avoir voulu disposer en faveur de ceux qui sont appelés par les différentes lois des lieux où ses biens sont situés, ou seulement au profit de ceux à qui la loi de son domicile défère l'hérédité?

Hertius, Grassus, Menochius et Voët sou-

tiennent ce dernier parti. Il est vrai, disent-ils, que toutes les lois ou coutumes qui régissent une succession *ab intestat*, produisent chacune des effets différens, par rapport aux biens qui y sont respectivement soumis; mais ce n'est pas une raison pour que la loi domiciliaire ne prévaille pas dans notre espèce; les institués ne succèdent point par la force de la loi, mais en vertu de la disposition du testateur; ce n'est donc pas une question de droit, mais de volonté que nous avons à résoudre: or, est-il probable que le testateur, en appelant ses héritiers *ab intestat*, ait pensé aux différentes lois sous l'empire desquelles ses biens étaient dispersés? Il ne les connaissait pas, ou du moins il lui était permis de les ignorer, et cette ignorance doit toujours se présumer. Comment donc croire qu'il ait voulu régler sa succession sur des lois dont il n'avait pas d'idée? N'est-il pas plus naturel de croire qu'il s'est uniquement référé à celles de son domicile, c'est-à-dire, à celles qu'il connaissait; et que leurs dispositions lui ont paru tellement conformes à sa volonté, qu'il n'a pas cru devoir appeler d'autres héritiers que ceux qu'elles avaient nommés?

[[On trouve dans le Recueil d'A-Sande, liv. 4, tit. 8, déf. 7, deux arrêts du conseil souverain de Frise, des 13 juillet 1606 et 9 février 1613, qui ont adopté cette opinion.]]

Boullenois sur Rodemburg, Sommeren et quelques autres jurisconsultes soutiennent au contraire, qu'il faut suivre les lois des différens lieux de la situation des biens, parcequ'il y a dans nos mœurs autant de successions ou de patrimoines que de fonds soumis à différentes coutumes, et que le testateur est présumé avoir envisagé chacune de ces lois, n'avoir voulu que ce qu'elles voulaient, et s'y être entièrement référé.

A-Sande, à l'endroit cité, rapporte un arrêt du conseil souverain d'Utrecht, du 15 mars 1611, qui a confirmé ce dernier avis, dans une instance de révision solennelle.

IV. Voici une autre espèce non moins remarquable que la précédente, et dont la décision nous facilitera celle de quelques autres. Un père qui a ses biens et son domicile dans une coutume de *Dévolution* (1), telle que le Hainaut, le Brabant, le Limbourg, une partie de l'Alsace, etc., institue son fils et lui substitue fidéicommissairement les enfans légitimes qui naîtront de lui: le fils se marie deux fois, et a des enfans de l'un et de l'autre mariage. On demande si le fidéicommis appartiendra aux enfans du premier lit, à l'exclusion de ceux du second, conformément au droit de dévolution qui appelle ceux-là privativement à ceux-ci.

La raison de douter est que le nom *d'enfans* dont s'est servi l'aïeul, étant général et indéfini, ne doit pas moins comprendre ceux du second lit que ceux du premier, surtout dans une espèce telle que celle-ci, où cette interprétation rétablit, entre tous les enfans d'un même père, cette égalité si naturelle que la coutume a rompue, et ramène par conséquent les choses aux termes du droit commun, vers lequel le retour est toujours favorable.

Ces raisons sont spécieuses et même fondées sur l'équité la moins équivoque. Cependant, on trouve dans les *Décisones Brabantinæ* de Stockmans, un arrêt du conseil souverain de Brabant, qui a jugé le contraire au mois de mars 1648. On a pensé, dit ce magistrat, qu'il ne fallait pas s'écarter de la règle qui nous enseigne qu'un testateur est censé conformer ses dispositions à celles de la loi, à moins qu'il ne témoigne ouvertement qu'il veut y déroger.

V. Menochius, Fusarius, et quelques autres auteurs italiens, nous donnent un autre exemple de l'usage qu'on fait de cette règle: ils décident que, si un testateur appelle ses descendans ou ses proches, et que les femmes soient exclues par les statuts de la situation des biens, on doit présumer que son intention a été de ne disposer qu'en faveur des mâles, quoique les mots *descendans* et *proches* comprennent autant les femmes que les hommes.

VI. Paul Christin, tome 1, décis. 195, pense, sur le même fondement, que, dans les coutumes de double lien, les frères germains excluent les consanguins ou utérins, quoique le défunt ait institué ses *frères* indéfiniment; il cite même un arrêt du grand conseil de Malines, qui l'a ainsi décidé. On en trouve cependant un du sénat de Mantoue, qui a jugé le contraire; il est rapporté par Surdus, décis. 239.

VII. Lorsqu'un testateur dit, *J'institue mes plus proches parens*, sans ajouter, *qui doivent me succéder ab intestat*, est-il présumé appeler ceux à qui la loi défère sa succession *ab intestat*, quoiqu'ils ne soient pas ses plus proches parens, ou donner la préférence à ceux qui se trouvent dans le degré de parenté le plus proche?

Voët fait à ce sujet une distinction très-sage.

(1) *V.* l'article *Dévolution coutumière*.

Lors, dit-il, que la coutume du lieu, tel que le *jus scabinicum* des Hollandais, est dans une opposition exorbitante avec le droit commun, et qu'elle combat manifestement l'affection naturelle qu'on a toujours pour ses plus proches parens, en appelant les plus éloignés à leur préjudice, on doit croire que l'intention du testateur a été d'y déroger. *Vix est enim*, ce sont les termes de cet auteur, *ut præsumi aut credi possit testatorem in dubio exuere atque deponere voluisse omnem affectionis et humanitatis sensum ergà proximiores, et se duritiei statuti, ob rationes magis publicas quàm privati amoris atque dilectionis considerationem inducti, conformare.*

Mais lorsque la dérogation de la coutume au droit commun n'est pas aussi frappante, et en général lorsque les plus proches, au lieu d'être exclus par les plus éloignés, ne sont obligés que de les admettre à partager avec eux, il faut présumer que le testateur n'a pas voulu s'écarter des dispositions de la loi. Ainsi, dans l'espèce dont il s'agit, le neveu doit concourir avec le frère, parceque la représentation le met à la place de son père.

VIII. Lorsqu'un testateur s'exprime ainsi : « J'institue un tel et ses enfans, les enfans » doivent-ils concourir avec leur père, ou ne » sont-ils appelés que *ordine successivo* » ?

On convient généralement qu'ils doivent concourir, quand l'institué est étranger au testateur; mais quand il en est héritier *ab intestat*, les avis sont partagés.

Bartole prétend qu'il faut supposer un ordre successif dans l'Institution, et cette opinion est adoptée par Julius Clarus, Mantica, Néotasde, Sommeren, Vanleuwen et Voët.

Balde au contraire, et plusieurs auteurs après lui, soutiennent que les enfans doivent concourir avec leur père.

Du reste, le système de l'ordre successif est presque universellement accueilli dans le cas où le père et les enfans qui sont institués et unis par la copulative *et*, sont descendans du testateur, et par conséquent du nombre de ceux qu'il est obligé d'instituer; ce qui a lieu, suivant les auteurs, quand même le testateur aurait changé l'ordre, en mettant les petits-fils avant leur père, parcequ'il faudrait suivre l'ordre de la nécessité plutôt que celui de l'écriture; cependant ils conviennent qu'on ne doit pas admettre d'ordre successif lorsque l'Institution est conçue en cette forme : *Instituo filium simul cùm nepote.*

Nous n'opposerons rien de nous-mêmes à cette *doctrine; nous* laisserons parler Furgole : elle est, suivant lui,

« Contraire aux principes établis par les lois, qui veulent que ceux qui sont institués conjointement par la copulative, soient appelés pour recueillir l'hérédité en concours, comme le décide nettement la loi dernière, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, et non pour succéder l'un après l'autre, ni par le vulgaire, ni par le fidéicommissaire, sans distinguer si les héritiers institués sont descendans du testateur, ou ses parens collatéraux et successeurs *ab intestat*, ou absolument étrangers.

» Les raisons en sont, 1°. que le testateur qui institue, n'entend pas faire plusieurs degrés de succession : il veut au contraire que tous les héritiers qu'il nomme, prennent de sa main la succession et concourent tous; et que, quand il veut établir un ordre successif, et empêcher le concours, il s'exprime en des termes propres à caractériser la substitution vulgaire, ou la substitution fidéi-commissaire;

» 2°. Que, les auteurs reconnaissant la règle lorsque les héritiers sont étrangers, on ne peut point faire les exceptions qu'ils ont imaginées, à moins qu'ils ne soient autorisés par quelque texte précis qui établissent l'exception; cependant, ils ne peuvent s'appuyer sur aucune loi, et leurs décisions n'ont d'autre fondement que leur imagination.

» 3°. La disparité des degrés parmi les héritiers, ne peut fournir aucun argument, parceque le testateur qui dispose, n'est pas obligé de suivre l'ordre et le rang que la loi a marqués pour déférer la succession légitime, attendu que la succession testamentaire dépend absolument de la volonté du testateur, lequel pouvant préférer un étranger à ses parens collatéraux, et pouvant à plus forte raison préférer un parent plus éloigné à un parent plus proche, peut aussi faire concourir des parens plus éloignés avec un parent plus proche, et qui est le successeur légitime; voilà pourquoi, s'il les institue ensemble en les unissant par la copulative, ce ne peut être que pour les admettre en concours.

» 4°. Quoique, suivant les règles du droit ancien, confirmées et amplifiées par la novelle 115, chap. 3, les ascendans soient obligés d'instituer leurs descendans, afin que le testament ne soit pas impliqué du vice de prétérition, cela n'oblige pas le testateur ascendant à instituer ses descendans en l'entière hérédité, ou en une quote; une Institution en quelque chose suffit, afin que le testament soit valable de ce côté-là; en sorte qu'on ne peut pas dire qu'un testateur qui institue son fils et son petit-fils, entende faire une

Institution de précaution et de forme en faveur de son petit-fils, ou une Institution conditionnelle et subordonnée à celle de leur père. La loi 29, D. *de liberis et posthumis*, et la loi 39, D. *de heredibus instituendis*, prescrivent la formule de cette Institution de précaution et subordonnée, et elle est bien différente de celle qui unit le petit-fils et son père en l'Institution d'héritier; ainsi, à moins que le testateur ne se soit exprimé comme ces deux textes le marquent, et que les petits-fils ne soient substitués subordonnément et sous la condition du décès de leur père, il n'est pas possible de penser que le petit-fils ne soit appelé que par la vulgaire, ou par ordre successif, parceque les règles y résistent, notamment la loi dernière, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, qui décide formellement que, quand le père et ses enfans sont institués conjointement, ils doivent tous concourir en la portion qui leur est assignée; *si quis heredem ita scripserit*, Titius una cùm filiis suis Sempronius heredes mihi sunto..... *cùm et naturâ pater et filius eadem esse persona penè intelligantur, dimidiam quidem partem Titio cùm filiis suis, alteram autem partem Sempronio adsignari.* La raison prise de l'ordre de l'affection, est encore très-frivole : car le testateur n'est obligé de régler sa disposition que sur la volonté, et non sur l'ordre de la nature, puisqu'il lui est permis d'instituer un étranger à l'exclusion de ses descendans, pourvu qu'il les institue en leur légitime; ainsi, lorsqu'il institue ses petits-fils avec son fils, c'est parceque, dans son esprit, les petits-fils lui sont aussi chers que son fils, et qu'il veut gratifier les uns et les autres.....

» Accurse et les autres interprètes..... prétendent que la loi dernière, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, qui est formelle, ne doit être entendue que dans le cas où le père et les enfans institués sont étrangers au testateur.

» On n'a besoin que de lire les textes cités par Accurse, autres que le §. 1 de la loi 29, D. *de liberis posthumis*, pour s'apercevoir qu'ils ne font rien à la question.

» A l'égard de ce §. 1, il y fait encore moins; c'est de quoi on sera convaincu, si on se donne la peine d'en pénétrer l'esprit. Voici de quelle manière ce texte parle : *Quidam rectè admittendum credunt etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat (posthumos nepotes), ut eo casu valeat qui ex verbis concipi possit.*

» Pour entendre ce texte, il faut le joindre avec le commencement de la loi, où le jurisconsulte Gallus propose une formule selon laquelle les posthumes pouvaient être institués par un ascendant, afin que leur naissance ne rompît pas le testament : *Gallus sic posse institui posthumos nepotes induxit : si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, sive quæ septis post mortem in decem mensibus proximis quibus filius meus morietur, natus, nata erit, heredes sunto.*

» Il est encore important de remarquer que, du temps de Scévola, auteur de cette loi, on ne pouvait, suivant les règles du droit civil, instituer d'autres posthumes que ceux qui, en naissant, se trouvaient sous la puissance du testateur; car l'Institution en faveur des posthumes étrangers, au nombre desquels on mettait tous ceux qui ne devaient pas être sous la puissance du testateur, était inefficace; mais le préteur leur accordait la possession des biens, §. 26, Inst. *de legatis*, et §. 1, Inst. *de bonorum possessionibus*. C'est relativement à ces textes qu'on doit entendre le §. 28, Inst. *de legatis* (rapporté ci-dessus, sect. 5; §. 1, n°. 3).

» Cela posé, il faut revenir au §. 1 de la loi 29, D. *de liberis et posthumis* : il dit donc que quelques-uns ont fort bien pensé qu'encore qu'un testateur ne fasse pas mention de la mort de son fils, ainsi qu'il est porté dans la formule du jurisconsulte Gallus, et qu'il institue simplement ses petits-fils, cette Institution, pure en apparence, puisque la condition de la mort du fils n'est point exprimée, doit valoir dans le cas et de la même manière que si la mort du fils avait été exprimée..., parce que selon les règles du temps auquel le jurisconsulte Scévola écrivait, un posthume ne pouvait être valablement institué héritier, que dans le cas qu'au moment de sa naissance il serait sous la puissance du testateur. On voit donc que c'est ici une décision formée sur les principes du droit ancien, qui regarde uniquement les posthumes, et qui n'a rien de commun avec le cas de l'Institution du père conjointement avec ses enfans vivans et existans, qui, sans contredit, peuvent être institués seuls ou en concours avec leur père.....

» Aussi Cujas a-t-il improuvé le sentiment d'Accurse..... Lors donc que les enfans se trouvent institués avec leur père, ils doivent tous concourir..... ».

Cette opinion est appuyée par un célèbre jurisconsulte espagnol, Gomez, *variarum resolutionum*, tome 1, chap. 2, n° 4; et le conseil souverain de Brabant en a fait la base d'un arrêt du 28 février 1709, par lequel il a jugé qu'il y avait lieu au concours par tiers dans

une Institution ainsi conçue : « Je nomme » mon frère, sa femme et ses enfans mes héri- » tiers » : *Senatus*, dit le président Winantz, §. 188, *tertiam unam fratri, alteram uxori, et filio eorum alteram tertiam adjudicavit.*

IX. A qui doit appartenir l'effet d'une Institution faite au profit de *Dieu*, sans autre désignation ?

La loi 26, C. *de sacrosanctis ecclesiis*, en ordonne l'application à l'église du lieu où le testateur était domicilié, pour en être fait emploi à la subsistance des pauvres : *Sancimus, siquidem Dominum nostrum Jesum-Christum scripsit quis heredem, vel ex asse, vel pro parte, videri è converso ipsius civitatis, vel castelli, vel agri in quo constitutus erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem, et hereditatem peti debere per Deo amantissimos ejus œconomos, ex asse, vel pro parte ex quâ heres institutus est : eodem obtinente et si legatum vel fidei-commissum relictum sit, ut ipsa competant sanctissimis ecclesiis, ad hoc quidem ut ad pauperum alimoniam conferant.*

Mais cette disposition paraît avoir été changée par la novelle 131, dont le chap. 9 ordonne simplement que toute Institution de cette espèce appartiendra à l'église domiciliaire du défunt, sans parler d'emploi au profit des pauvres : *Si quis in nomine magni Dei et salvatoris nostri Jesu-Christi hereditatem aut legatum reliquerit, jubemus ecclesiam loci illius in quo testator domicilium habuerit accipere quod dimissum est.*

Cette église doit s'entendre de la paroisse du testateur, comme l'explique Zypœus dans ses *Consultations canoniques*, liv. 3, titre *de parochiis*.

X. Les Institutions et les autres libéralités testamentaires faites en faveur des archanges, des martyrs, des saints, doivent appartenir à l'église ou oratoire, érigé en l'honneur de l'archange, du martyr ou du saint dans l'endroit où le testateur est domicilié. S'il y existe plusieurs églises ou oratoires sous l'invocation du saint institué, la disposition est censée faite au profit de celui de ces établissemens que le testateur fréquentait communément, sinon du plus pauvre. S'il n'y en a point dans la même ville, la libéralité doit appartenir à l'oratoire situé dans la banlieue; et s'il ne se trouve dans la ville ni dans la banlieue aucun oratoire consacré au saint nommé par le testament, on doit appliquer l'Institution à l'église domiciliaire du défunt.

Tout cela est ainsi réglé par la loi 26, §. 1, C. *de sacrosanctis ecclesiis*, et par le chap. 9 de la novelle 131.

XI. On doit inférer de là, et même de la loi 49, §. 3 et 5, C. *de episcopis et clericis*, que, quand un testateur a institué un hôpital, sans en désigner aucun en particulier, l'Institution doit être recueillie par l'hôpital du lieu où il était domicilié; que s'il n'y en a point dans cet endroit, l'hôpital qui est dans le territoire, et à son défaut, celui qui est le plus voisin du domicile du défunt, doit profiter de la libéralité; que, si enfin il y a plusieurs hôpitaux dans le domicile du testateur, l'Institution doit appartenir au plus pauvre. (*V.* ci-après, n°. 14.)

XII. Ces décisions peuvent nous conduire à la résolution d'une espèce assez remarquable. Un testateur institue pour son héritière l'église de Sainte-Marie. S'il n'y avait qu'une église de ce nom dans le lieu où il est domicilié, la chose serait sans difficulté; mais il s'en trouve plusieurs, *quid juris?*

Covarruvias décide que l'Institution doit être partagée entre les églises du même nom; Barthole pense que le testateur a entendu parler de l'église *quæ magis conjungitur*, c'est-à-dire, de sa paroisse; ou si elle n'est point paroissiale, de celle qui existe dans sa paroisse : enfin, Menochius est d'avis qu'il faut adjuger l'Institution à l'église la plus pauvre.

On ne peut rejeter absolument aucune de ces opinions. Si les trois églises étaient dans la même paroisse, et jouissaient à peu près de la même fortune, il n'est point douteux qu'elles ne dussent partager entre elles l'hérédité du défunt. S'il n'y en avait qu'une dans la paroisse du testateur, il est assez naturel de penser que l'Institution entière devrait lui appartenir; et toutes ces circonstances à part, la plus pauvre devrait être préférée. (*V.* ci-après, n°. 14.)

XIII. Nous trouvons dans le recueil de Dulauri, ancien procureur général du grand conseil de Malines, un arrêt qui trouve naturellement ici sa place.

La veuve Maillard de Vuldère avait laissé par son testament une rente annuelle de 25 florins à la *pauvre école* de Bruxelles.

Comme il y a dans cette ville plusieurs écoles de cette espèce, il s'éleva des difficultés sur l'application de ce legs.

Les administrateurs de l'église paroissiale de la défunte soutinrent que cette disposition ne pouvait appartenir qu'à la pauvre école de leur paroisse, attendu 1°. que la testatrice avait employé le nombre singulier; 2°. que la rente ayant été laissée pour le pain, le linge et les habillemens des pauvres

écoliers, ne pouvait suffire à tous ceux des autres paroisses; 3°. que les écoliers devaient assister tous les ans à un obit fondé par la testatrice, et que l'église des Dominicains, dans laquelle cet obit devait se célébrer, serait trop petite pour contenir les pauvres écoliers de toutes les paroisses.

Les proviseurs des autres écoles de charité répondaient que la défunte était née et avait passé toute sa jeunesse à Gand; que depuis, elle avait toujours demeuré à Malines; que, comme il n'existait dans ces villes qu'une école gratuite pour les pauvres, elle avait supposé qu'il n'y en avait pas davantage à Bruxelles; qu'ainsi, on devait partager sa libéralité entre toutes celles qui se trouvaient dans cette dernière ville, d'autant plus qu'on pouvait regarder tous les pauvres écoliers de chaque paroisse comme composant la *pauvre école* de Bruxelles; que cela était conforme à l'idée de la testatrice, qui avait employé les termes *pauvre école de cette ville*; qu'enfin, la paroisse de son domicile était la plus riche, et que c'était lui faire grâce que de la laisser entrer en partage avec les autres.

Par arrêt du conseil privé de Bruxelles, du 11 décembre 1641, il fut ordonné que le legs serait partagé entre toutes les écoles de charité de la ville.

XIV. Toute Institution faite au profit des pauvres, sans autre désignation, doit appartenir, suivant le droit romain, à l'Hôtel-Dieu de l'endroit où le testateur était domicilié. C'est ce que décide la loi 49, §. 3, C. *de sacrosanctis ecclesiis*. Voici comment elle est conçue : *Ubi autem indistinctè pauperes scripti sunt heredes, ibi Xenomen ejus civitatis omninò hereditatem nancisci.... Quis enim pauperior est hominibus qui et inopiâ tenti sunt et in Xenone repositi, et suis corporibus laborantes, necessarium victum sibi non possunt afferre?*

Le §. 5 de la même loi ajoute que, s'il y a dans le domicile du testateur, plusieurs Hôtels-Dieu ou hôpitaux de malades, et qu'il s'en trouve quelques-uns fort riches, il faut adjuger l'hérédité à celui qui est reconnu pour le plus pauvre: *Sin autem ampliores in civitate Xenotes sint...., tunc ei Xenôni qui pauperior esse dignoscitur easdem res vel pecunias assignari censemus.* On voit par ces termes qu'on ne doit tout donner à un seul hôpital, sous prétexte de plus grande pauvreté, que lorsqu'il se trouve, entre sa fortune et celle des autres, une disproportion considérable. Cette observation peut aussi s'appliquer aux espèces que nous avons discutées avant celle-ci.

Le §. 6 statue que, s'il n'y a point d'Hôtel-Dieu dans le domicile du testateur, l'hérédité doit être distribuée *pauperibus qui in civitate sunt, vel penitùs mendicantibus, vel aliâ substentatione egentibus.*

Enfin, le §. 7 ajoute que, si le testateur a désigné lui-même l'espèce de pauvres qu'il a voulu gratifier, ceux qu'il a nommés doivent profiter de sa libéralité, à l'exclusion de tout hôpital : *Sin autem in personam certam, venerabilemve certam domum respexerit, ei tantummodò hereditatem vel legatum competere sancimus.*

Vanleuwen, et après lui Voët, disent qu'en Hollande on ne suit plus les §. 3 et 5 que nous venons de citer; et qu'en conséquence *testamento data pauperibus non acquirantur Gerontocomio, Orphanotrophio et similibus, sed in specie pauperibus, quorum curam diaconi aliique his similes publicâ gerunt auctoritate.* Il en est à peu près de même dans plusieurs provinces de France.

[[Aujourd'hui, ce sont les bureaux de bienfaisance qui doivent recueillir ces sortes de libéralités; et ils doivent en employer les revenus en secours à domicile. *V.* la loi du 7 frimaire an 5.]]

D'après ce qu'on a dit jusqu'à présent, et surtout d'après quelques termes du chap. 11 de la novelle 131, il ne peut y avoir de doute que l'Institution faite en faveur des pauvres en général, sans expression d'aucune localité, ne doive être appliquée aux pauvres du domicile du testateur. On a quelquefois soutenu que ceux du lieu de sa naissance devaient être préférés; mais deux arrêts du parlement de Paris, des 7 août 1578 et 16 février 1605, rapportés par Papon, liv. 20, tit. 6, et par Peleus, quest. 111, ont proscrit cette prétention : le premier est remarquable en ce que, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, le testateur avait nommé pour exécutrice de sa libéralité, une personne domiciliée dans son lieu natal. Cette circonstance n'a pas été jugée assez forte pour donner l'exclusion aux pauvres du domicile.

Si le testateur n'avait été domicilié dans aucun endroit fixe, il n'y aurait point de difficulté à adjuger l'Institution aux pauvres du lieu de sa naissance, surtout si la plus grande partie de sa famille y faisait une résidence habituelle. Cela est ainsi décidé dans le Recueil intitulé : *Responsa jurisconsultorum Hollandorum, part. 2, consil. 36.*

Il y a sur cette matière un réglement particulier pour le diocèse de Toulouse : c'est une déclaration du mois d'avril 1681, dont l'art. 9 porte : « Tous les dons et legs qui seront faits

» à l'avenir par contrats, testamens et autres » dispositions et adjudications d'aumônes qui » seront ordonnées, tant dans la ville qu'aux » lieux du diocèse, en termes généraux, » aux pauvres, sans autre désignation, seront » et appartiendront audit hôpital général » Saint-Joseph de Lagrave, et à l'hôpital » Saint-Jacques de Toulouse, chacun par » moitié, à l'exception toutefois des lieux où » il n'y a point d'hôpital et maison de cha- » rité ».

XV. Le §. 2 de la loi 49, C. *de episcopis et clericis*, veut que, dans le cas d'une Institution faite au profit des pauvres captifs, l'évêque de la ville où le testateur avait son domicile, et à son défaut, l'économe, prennent possession de l'hérédité, et l'emploient au rachat des captifs, soit par le moyen des revenus qu'ils en tireront, soit en vendant les meubles et effets mobiliers, sans que l'évêque ou l'économe puisse en retirer aucun émolument.

Le §. 3 de la même loi ordonne que, si le testateur est étranger, et que son pays ne soit pas connu, l'évêque du lieu où il est décédé, prendra le soin de faire exécuter sa volonté, suivant ce que prescrit le §. 1.

Si c'était un évêque qui eût fait la disposition en faveur des captifs; ce serait au métropolitain à se charger de l'exécution. Le chap. 11 de la novelle 131 y est formel.

Le même texte veut que le pouvoir accordé à l'évêque et à l'économe, cesse dans le cas où le testateur a nommé lui-même un exécuteur testamentaire.

[[Aujourd'hui, ce n'est plus aux évêques, mais aux commissions administratives des hospices et aux bureaux de bienfaisance, qu'appartient l'administration de ces sortes de libéralités. *V.* les articles *Aumônes, Fondations, Hôpital*, et ci-dessus, n°. 14.]]

XVI. Au profit de qui est censée faite une Institution conçue en ces termes : « Je veux » que les chanoines de telle église soient mes » héritiers »? Est-ce au profit singulier des personnes qui composent le chapitre; ou en faveur du chapitre en corps?

La loi 2, D. *de rebus dubiis*, va résoudre ce doute; car l'espèce dont elle parle, est exactement semblable à celle-ci : *Civibus civitatis*, porte-t-elle, *legatum vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.*

XVII. Si un testateur disait, « J'institue » l'évêque de tel diocèse, ou le curé de telle » paroisse », sans les désigner par leur nom propre, ce ne serait point les personnes, mais l'évêché ou la cure qu'il serait censé appeler à sa succession. C'est ce qui résulte de la loi 20, §. 1, D. *de annuis legatis*, portant que, si un legs est fait au concierge ou au prêtre de telle église, on doit dire que *ministerium nominatorum designatum, cæterum datum templo.*

Le chap. 15, *extra, de testamentis*, excepte de cette décision le cas où l'Institution aurait été faite par un parent de l'évêque : *Si verò relinquatur illud episcopo à propinquo, præsumitur esse relictum, non intuitu ecclesiæ, sed personæ: nisi fortè contrarium probaretur.*

XVIII. Voici une espèce fort singulière, et qui a plus l'air d'un conte fait à plaisir, que d'une cause jugée par arrêt.

Un paysan des environs de Toulouse n'ayant point d'enfans, et étant dangereusement malade, voulut faire son testament avant de mourir. Il avait toujours eu beaucoup d'affection pour un de ses chevaux qui avait le poil roux; et ce sentiment qu'il avait conservé jusqu'au dernier moment de sa vie, lui dicta une disposition conçue en ces termes : « Je déclare que j'institue, pour mon » héritier, mon cheval à poil roux; et je veux » que ledit cheval appartienne à N., mon » neveu ».

On imagine bien que l'exécution de ce testament souffrit des difficultés. Mais quelle fut la décision? Écoutons Serres, dans ses *Institutions de Droit français*, imprimées en 1753, liv. 4, art. 14 :

« J'ai entendu dire à un ancien avocat au parlement de Toulouse, qui n'est mort que depuis quelques années, que, lorsqu'il commença d'entrer au barreau, il y avait vu agiter la question de la validité de ce testament; et que, par arrêt de ce parlement, l'Institution avait été jugée valable, et le neveu maintenu en l'hérédité.

» Il y a apparence que la simplicité du villageois garantit le testament; car autrement l'arrêt paraît un peu singulier, à moins qu'on ne veuille dire avec Vinnius, sur le titre *per quas personas nobis acquiritur*, aux Institutes, que *hæc acquisitio fit ipso jure ratione dominii et potestatis quæ facit ut ne momento quidem aliquo res subsistat in personâ ejus per quem acquiritur;* mais cet interprète parle d'un homme esclave, et non d'une bête, qui ne peut acquérir, ce me semble, à son maître, que *per fœtum* ».

SECTION VII. *Lorsqu'un testateur a institué plusieurs héritiers, quelle est la portion qui doit être assignée à chacun d'eux?*

I. Il ne peut y avoir aucune difficulté sur cette question, lorsque le testateur a fait lui-

même la distribution des parts; sa volonté est toujours la première règle à laquelle il faut s'attacher.

La chose est également simple et facile, quand il n'a déterminé la portion d'aucun de ceux qu'il a institués; car dans ce cas, il est censé avoir ordonné un partage égal : *Satis enim constat nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse.* C'est la décision du §. 6, Inst. *de heredibus instituendis.*

Cette règle admet cependant quelques exceptions.

II. D'abord, il est constant, d'après ce qui est dit aux mots *Institution contractuelle*, §. 5, n°. 3, qu'un père qui institue tous ses enfans, sans assigner les parts qu'ils doivent recueillir, et qui, par-là, est présumé vouloir les faire concourir également, ne déroge pourtant pas au droit d'aînesse, même dans les coutumes où il peut le faire.

[[Mais cette première exception est aujourd'hui sans objet. *V.* l'article *Aîné.*]]

III. Lorsqu'un héritier est d'abord institué seul, et qu'ensuite deux autres le sont conjointement, comme s'il est dit, *que Titius soit mon héritier*, que *Séius et Mévius soient mes héritiers*, l'hérédité doit être partagée en deux parts égales, l'une pour Titius, et l'autre pour Séius et Mœvius, qui la sous-diviseront entre eux, à moins cependant que le testateur n'ait ordonné de faire trois portions égales. C'est ce que décide la loi 59, §. 3, D. *de heredibus instituendis.* Titius heres esto, Seius et Mævius heredes sunto : *verum est quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur.*

Par la même raison, si un testateur institue un héritier par son nom propre, et plusieurs autres par un terme collectif, comme dans cette formule : « J'institue Titius et les enfans » de mon frère », Titius doit avoir la moitié de la succession, et les enfans appelés collectivement doivent partager entre eux l'autre moitié. C'est ce qui résulte de la règle établie par la loi 34, D. *de legatis* 1°., en ces termes : *Si conjuncti disjunctivè commixti sint, conjuncti unius personæ potestate funguntur.* La loi 13, D. *de heredibus instituendis*, en contient aussi une disposition formelle, en même temps qu'elle excepte le cas où le testateur s'est servi du mot *également : Interdùm* (dit-elle) *hæc adjectio, æquè heredes sunto, testatoris voluntatem exprimit, ut puta :* primus et fratris mei filii æquè heredes sunto; *nam hæc adjectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, quâ detractâ, semissem fratris filii, semissem primus haberet.*

Il faut observer néanmoins que les héritiers appelés par un terme collectif, précédé d'une expression distributive, doivent succéder par têtes avec celui qui est institué séparément, comme dans cette espèce : « J'institue Mévius » et chacun des enfans de Sempronius ». C'est ce que prouve la loi dernière, C. *de impuberum et aliis substitutionibus*, où est rapporté l'exemple d'un testateur qui, après avoir institué deux héritiers conjointement, les substitue pupillairement avec un tiers qu'il appelle ainsi par une phrase séparée : *Quisquis mihi heres erit, et Titius filio meo heres esto.* La loi décide qu'il faut faire trois parts égales, quoiqu'il y ait deux héritiers conjoints, parceque le mot *quisquis* est distributif.

IV. Un testateur institue Titius et un posthume *sien* ou *étranger*. Comment se partagera la succession, s'il naît deux ou trois posthumes?

La loi 5, §. dernier, et les lois 6 et 7, D. *de rebus dubiis*, décident que, s'il ne naît point de posthume, Titius sera seul héritier; que, s'il en naît un, l'hérédité sera partagée en deux portions égales; et que, s'il en naît deux ou trois, chacun d'eux succédera par tête avec Titius; en sorte que l'hérédité devra être partagée en autant de portions égales qu'il y aura d'héritiers, en comptant le nombre des posthumes et Titius.

Il paraît néanmoins, d'après les règles dont nous venons de donner l'explication, que si, au lieu *d'un posthume* au singulier, le testateur avait institué les posthumes au pluriel, Titius devrait seul former une tête, et prendre la moitié de l'hérédité, parceque les posthumes ne représenteraient qu'une personne. On sent la différence de ce cas d'avec l'autre : quand le testateur s'exprime au singulier, tous les posthumes sont censés appelés distributivement; au lieu que, quand il parle au pluriel, le terme collectif dont il se sert, réunit tous les posthumes dans un seul chef.

V. La loi 4, C. *de verborum significatione*, décide que, quand un testateur institue plusieurs héritiers disjonctivement, *ille aut ille mihi heres esto, Titius aut Sempronius aut Caïus mihi heredes sunto*, ils sont tous appelés également et de la même manière que s'ils étaient joints par une copulative, au lieu d'être séparés par une disjonctive.

VI. Nous avons établi ci-dessus, sect. 2, que, [[suivant les lois romaines auxquelles on ne doit plus s'arrêter, en cette matière, depuis la publication du Code civil]], quand

un testateur institue plusieurs héritiers *in re certâ*, sans en instituer d'autres avec ou sans portion, ils sont tous héritiers égaux, *detractâ rei mentione*, encore qu'ils soient institués inégalement dans la même chose.

VII. Il arrive souvent qu'un testateur, en distribuant les portions à chacun de ses héritiers, ne remplit pas ou excède la totalité de son hérédité. Comment doit-on régler les parts dans l'un et l'autre cas?

Pour résoudre cette question, il faut entrer dans quelques détails.

Les jurisconsultes romains distribuaient communément l'hérédité en douze parties, qu'ils appelaient *onces*, et dont la totalité se nommait *as*. Le §. 5, Inst. *de heredibus instituendis*, nous apprend le nom de chacune de ces parties : la première était appelée *uncia*, c'était un douzième; la seconde *sextans*, un sixième ou deux onces; la troisième, *quadrans*, un quart ou trois onces; la quatrième, *triens*, un tiers ou quatre onces; la cinquième, *quincunx*, cinq onces, c'est-à-dire, un tiers et une once; la sixième, *semis*, la moitié ou six onces; la septième, *septunx*, sept onces; ou la moitié et une once; la huitième, *bes*, huit onces ou deux tiers; la neuvième, *dodrans*, ou trois quarts; la dixième, *dextans*, dix onces, ou trois quarts et une once; l'onzième, *deunx*, onze onces : les douze onces, comme nous venons de le dire, s'appelaient *as*.

Cette distribution n'était cependant pas une forme essentielle à la validité des dispositions testamentaires. Les testateurs avaient la liberté de s'en écarter et de diviser leur succession en un plus grand ou moindre nombre de lots. La loi 13, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, le prouve clairement: *Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit; sed solemnis assis distributio in duodecim uncias fit.*

« Quoique dans l'usage commun et journalier (dit Furgole), on ne fasse pas la distribution de l'hérédité en onces dans les pays de droit écrit, et qu'on se serve communément des noms qui désignent les quotités, comme de la moitié, du tiers, du quart et autres, on y observe néanmoins dans l'usage, les règles du droit romain, quand il se présente quelque difficulté sur la forme de distribuer les portions, lorsque celles que le testateur a assignées excèdent ou ne remplissent pas la totalité ».

Ces notions bien conçues, il nous sera aisé d'entendre la solution que donnent les lois aux différens cas dans lesquels la question proposée peut se présenter.

Lorsqu'un testateur n'institue qu'un seul héritier *in semisse*, l'institué n'est pas pour cela borné à la moitié de l'hérédité; il a droit de recueillir les deux onces, afin qu'il n'y ait point de portion vacante. C'est une conséquence nécessaire de la maxime, *nemo potest decedere partim testatus, partim intestatus.*

Par la même raison, si un testateur institue deux héritiers, chacun pour trois onces ou un quart, la moitié dont il n'a pas disposé, leur accroîtra par égales portions; en sorte qu'au lieu d'un quart que le testament leur assigne, ils auront chacun une moitié.

Mais remarquez que l'accroissement ne se fait par portions égales, que quand les héritiers sont institués également; hors ce cas, l'accroissement se proportionne aux parts auxquelles ils sont appelés. La loi 13, §. 2 et 3, décide nettement ces deux points. *Si minus distribuit, potestate juris in hoc revolvitur: ut puta, si duos heredes ex quadrante scripserit, nam hereditas ejus residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti. Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus hereditariis eis accrescit.*

Le droit d'accroissement n'a pas lieu dans les pays coutumiers, parcequ'on peut y mourir, *partim testatus, partim intestatus*; en conséquence, lorsqu'un testateur fait un ou plusieurs légataires universels dans une certaine quotè, comme une moitié, un tiers de sa succession, les portions vacantes ne leur accroissent pas, mais demeurent aux héritiers légitimes.

[[Et telle est aujourd'hui la législation de toute la France, comme on l'a vu plus haut, sect. 2.]]

Revenons au droit romain.

Si un testateur désigne les portions de quelques-uns de ses héritiers et en institue d'autres sans leur rien assigner, ceux-ci prendront et partageront entre eux également tout ce qui restera, après que les institués avec portions auront pris ce qui leur est donné. C'est ce que décide le §. 6, Inst. *de heredibus instituendis : Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex eâ parte heres fit; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrunt.*

La loi 17 du même titre, au Digeste, nous fournit un exemple de cette décision : elle déclare que, si un testateur institue deux héritiers chacun pour un quart, et un troisième sans portion, celui-ci prendra la moitié qui

se trouve vacante, sans qu'il faille examiner, ajoute la loi 78, §. 2, s'il est institué avant ou après ceux dont le testateur a réglé les portions; *Nihil autem interest quo loco sine portione quis heres instituatur, quò magis assis residuum recepisse videatur.*

Le §. 1 de la dernière loi que nous venons de citer, présente un cas assez remarquable. Un testateur institue un héritier pour deux parts (sans en spécifier la quotité), et un autre pour un quart. Le texte décide que le quart auquel celui-ci se trouve appelé, doit servir à déterminer les deux portions de l'autre, lesquelles, par conséquent, devront être chacune d'un quart; en sorte que le testateur n'ayant disposé que de neuf onces, le tiers restant doit accroître aux deux institués à proportion de ce qui a été assigné à chacun: *Modum enim duarum partium ex quadrante declarari quod veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstratâ, cæterorum legatorum contemplatione receperunt.*

Furgole établit pour règle, d'après cette loi, que la fixation de la portion de l'un des héritiers, doit servir à fixer les portions indéterminées des autres; mais cette règle ne peut guère s'appliquer hors du cas précis de ce texte: témoin la loi 47, §. 2, du même titre, dont voici l'espèce. Un testateur s'explique en ces termes: « J'institue Lucius Titius » pour deux onces, Caïus pour une part, » Mévius pour une part, et Séius pour deux » parts ». Lucius doit être borné aux deux onces qui lui sont assignées; et les dix onces qui restent, doivent être données aux autres héritiers, comme s'ils avaient été appelés sans portion; en observant cependant que Séius, institué pour deux parts, doit prendre la moitié de dix onces, les cinq autres restant à Caïus et Mévius: *In testamento ita scriptum est:* Lucius Titius ex duabus unciis, Caïus Attius ex parte unâ, Mævius ex parte unâ, Seius ex partibus duabus, heredes mihi suntô. *Consulebatur quid juris esset. Respondit hanc scripturam illam interpretationem recipere posse, ut Lucius Titius duas uncias habeat; cæteri autem, quasi sine partibus instituti, ex reliquo dextante heredes sint; quem dextantem ita dividi oportet ut Seius quincuncem, Attius et Mævius alterum quincuncem habeant.*

Après avoir expliqué les cas où le testateur n'a pas rempli les douze onces, par la distribution qu'il a faite des parts, il faut nous occuper de ceux où il les excède.

Cela peut arriver de plusieurs manières, comme l'explique très-bien Furgole.

1°. Lorsque le testateur assigne à chacun des héritiers certaines portions dont le total se porte au delà de douze onces;

2°. Lorsqu'il attribue à certains héritiers des portions qui remplissent les douze onces, et qu'il institue encore une ou plusieurs personnes sans portions;

3°. Lorsqu'il institue plusieurs héritiers, dans des portions qui excèdent les douze onces, et qu'il ajoute encore d'autres héritiers sans portions;

4°. Lorsqu'il fixe à plusieurs héritiers des portions qui excèdent vingt-quatre onces;

5°. Lorsqu'il institue plusieurs héritiers dont les portions excèdent vingt-quatre onces, et qu'il en ajoute un ou plusieurs sans portions;

6°. Lorsqu'il donne à chacun des héritiers une portion plus forte que ne comporte la totalité, comme s'il institue quatre héritiers chacun pour un tiers, cinq héritiers par quart, etc.

Expliquons ces différens cas.

1°. Si le testateur assigne à plusieurs héritiers des portions qui excèdent douze onces, sans en instituer quelque autre sans portion, il faut supposer l'hérédité de vingt-quatre onces, donner à chacun des héritiers les portions qui leur sont laissées, et distribuer le reste entre eux tous, suivant les quotes dans lesquelles ils sont institués. Si l'on veut éviter ces fractions, on feindra l'hérédité composée d'autant de portions qu'il y a d'héritiers, et chacun d'eux prendra celle qui lui est assignée; et enfin, si l'on préfère de s'en tenir à la distribution légale en douze onces, on fera, sur la part laissée à chaque héritier, un retranchement proportionnel. Ces différentes opérations reviennent absolument au même. Les §. 4, 5 et 6 de la loi 13, D. *de heredibus instituendis*, nous en fournissent plusieurs exemples: *Si excesserit in divisione duodecim uncias, æquè pro ratâ decrescet, ut puta me ex duodecim uncias heredem, te ex sex scripti. Ergò hereditatis habeo bessem, tu trientem. Sed si duos ex asse heredes scripserit, alios ex duodecim unciis, an æquè distributio fiat quæritur? Et putat Labeo et illos ex semisse et hos qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore. Cui sententiæ adsentiendum puto. Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidiâ et sextâ, Labeo ait in viginti uncias assem dividendum: octo laturum ex dimidiâ et sextâ scriptum, illos duos duodecim.*

2°. Lorsqu'un testateur joint des héritiers sans portions à l'Institution de plusieurs héritiers à qui il a assigné des portions qui

remplissent les douze onces, il faut composer l'hérédité de vingt-quatre onces, en donner douze aux héritiers dont les portions sont réglées, et les douze autres à celui ou à ceux qui sont institués sans portions. La loi 17, §. 3 et 4, est formelle sur ce point : *Sed si, asse expleto, alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet.....; sed si expleto asse, duo sine partibus scribantur, utrùm in singulos asses isti duo, an in unum assem conjungantur, quæritur? Et putat Labeo et verius est in unum assem venire.*

Il faut prendre garde à la différence du cas où l'héritier ajouté après les douze onces remplies, est institué sans portion, d'avec celui où il est institué dans le reste de l'hérédité. Dans le premier cas, il prend la moitié de la succession, comme on vient de le voir; mais dans le second, son Institution passe pour dérisoire et inutile. Le texte cité établit clairement cette différence : *Sed si, asse expleto, alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet, aliter atque si ita scripsisset, expleto asse,* ex reliquâ parte heres esto; *quoniam cùm nihil reliquum est, ex nullâ parte heres institutus est.*

Voici une espèce qui se rapporte naturellement ici. Titius institue Caïus pour quatre onces, Mévius pour huit onces, et un autre sans portion. Au temps où le testament a été fait, Caïus était mort. *Quid juris?* Il faudra diviser l'hérédité en vingt-quatre onces, en donner douze à Mévius, quoiqu'il ne soit institué qu'en huit onces, parceque les quatre onces assignées à son cohéritier, doivent lui accroître, et assigner les autres douze onces à l'institué sans portion. Ce cas revient, comme on le voit, à celui où l'héritier mort et celui qui est en vie seraient institués pour la moitié, et un troisième pour l'autre moitié. Voici ce que porte à ce sujet la loi 20, §. 1 et 2 du titre cité : *Si jam mortuo quadrans, alii dodrans datus sit, et alius sine parte scriptus sit, Labeo ait eum qui sine parte heres institutus sit, alterum assem habiturum; et hanc mentem esse testantis; quod et Julianus probat et verum est. Quod si vivus et mortuus ex parte dimidiâ conjunctim heredes instituti sint, ex alterâ alius, æquas partes eos habituros ait, quia mortui pars pro non scriptâ habetur.*

3°. Quand le testateur excède les douze onces dans la distribution des portions de quelques héritiers, et qu'il en institue d'autres sans portion, ceux-ci sont censés appelés pour recueillir, non un second *as*, mais seulement ce qui manque pour compléter les vingt-quatre onces. C'est ce que décide la loi 18 du titre cité : *Quæsitum est si plus asse paterfamilias distribuisset et aliquem sine parte fecisset heredem, utrùmne ei assem habiturus foret, an id duntaxat quod ex dupondio deesset. Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto ut eadem ratio in dupondio omnique re deinceps quæ in asse servetur, Paulus : eadem ratio est in secundo asse quæ in primo.*

Observez que, dans ce cas, c'est-à-dire, lorsque la distribution des portions exprimées excède les douze onces, il n'y a point de différence entre instituer un autre héritier sans portion et l'instituer dans le résidu. Une Institution de cette seconde espèce n'est pas moins valable que la première, parceque le testateur, en excédant l'*as*, est présumé avoir voulu composer son hérédité de vingt-quatre onces, ce qui rend nécessairement la condition de l'institué au résidu, semblable à celle de l'institué sans portion. La loi 87 du même titre en contient une disposition expresse : *Ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo; si tertius ex residuâ parte, vel nullâ portionis factâ mentione, heres instituatur, quinque uncias hereditatis tertius habebit. In viginti quatuor enim partes hereditate distributâ, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit.*

4°. Quand le testateur, en distribuant les portions, excède les vingt-quatre onces appelées *dupondius*, sans ajouter d'héritier sans portion, on porte l'hérédité à trois *as* ou trente-six onces; chaque héritier prend d'abord la part qui lui est assignée, et le reste accroît à chacun d'eux; ou bien on compose l'hérédité d'autant d'onces qu'il y a d'institués; ou, enfin, on la réduit à douze onces par un décroissement proportionnel. Ce que nous avons dit par rapport au premier cas, explique parfaitement celui-ci : *Eadem ratio in dupondio omnique re deinceps quæ in asse servitur,* dit la loi 18 rapportée ci-dessus.

5°. Si le testateur, après avoir distribué vingt-quatre onces, institue un autre héritier sans portion, il faut pareillement composer l'hérédité de trente-six onces, en donner vingt-quatre à ceux dont les portions sont assignées, et douze, c'est-à-dire, un tiers de l'hérédité à l'institué sans portion : *Quòd si quis dupondium distribuit et tertium sine parte instituit, hic non alium assem, sed in trientem venit.* Ce sont les termes de la loi 17, §. 5, du même titre.

6°. Quand le testateur institue plusieurs héritiers en portions certaines, dont la totalité excède les douze onces; comme s'il en ap-

pelle quatre par tiers, sans en ajouter un ou plusieurs autres sans portion, ils n'auront chacun que le quart, parceque l'excédant décroit à chacun d'eux. On observe la même chose, lorsqu'il y a cinq héritiers institués par quart, ou six par cinquième, etc. Le §. 7, Inst. *de heredibus instituendis*, le décide ainsi : *Si, verbi gratiâ, quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perindè habentur ac si unusquisque ex quartâ parte scriptus heres fuisset.*

Si un testateur institue Titius *ex asse*, et Mévius aussi *ex asse*, ces deux héritiers partageront l'hérédité moitié par moitié; et si un héritier est institué pour douze onces, et un autre pour huit, l'hérédité sera censée composée de vingt onces, le premier institué en aura douze, et l'autre huit. Ces deux cas sont ainsi décidés par les §. 5 et 6 de la loi 13, D. *de heredibus instituendis*, rapportés ci-dessus.

L'espèce de la loi 47, §. 1 du même titre, ne peut être mieux placée qu'ici. Un testateur institue sa fille dans les douze onces, et il ajoute : « S'il me naît un posthume, je l'ins- » titue en neuf onces, si c'est un mâle; et en » trois onces, si c'est une fille ». S'il naît un mâle, l'hérédité doit être divisée en sept portions, dont quatre pour la fille première instituée, et trois pour le posthume mâle, en sorte que celui-ci aura un quart moins que sa sœur. S'il naît tout à la fois un garçon et une fille, la première instituée aura autant que les deux posthumes c'est-à-dire que l'hérédité sera divisée en vingt-quatre onces, dont douze appartiendront à la première fille, neuf au mâle, et trois à la dernière fille.

Passons maintenant à quelques autres cas particuliers.

« J'institue Séius dans la première part, » Titius dans la seconde, Mévius dans la troi- » sième, Sempronius dans la quatrième »; tous ces héritiers partageront mon hérédité également, parcequ'en me servant des termes *première, seconde, troisième part*, etc., je suis censé avoir plutôt suivi l'ordre de l'écriture, qu'avoir réglé les portions différemment. La loi 14, D. *de heredibus instituendis*, justifie cette assertion.

Un père institue ses deux enfans par portions égales, et le fils de son frère pour deux onces : faut-il, dans ce cas, composer l'hérédité de vingt-quatre onces ? Non, parceque le testateur n'a pas rempli expressément les douze onces, en assignant aux premiers héritiers des portions fixes : on ne peut donc pas dire qu'il ne reste plus rien sur quoi on puisse prendre les deux onces laissées au neveu; et, par une conséquence nécessaire, ces deux onces doivent être prises sur les douze onces qui forment l'hérédité; ou, en d'autres termes, le neveu doit avoir deux douzièmes, et les dix douzièmes restans doivent appartenir aux enfans. C'est ce que décide expressément la loi 78, §. 2, du même titre cité.

J'institue deux héritiers pour onze onces, et deux autres sans portion : l'un de ces derniers meurt avant moi, ou répudie ma succession : à qui appartiendra la demi-once qui devait lui revenir ?

Furgole distingue si les héritiers institués sans portion sont appelés séparément, et ne sont conjoints que *re*, ou s'ils sont appelés ensemble et conjoints *re et verbis*. Dans le premier cas, il fait accroître la demi-once à tous les héritiers, suivant les portions qui leur appartiennent : dans le second, il la donne à l'héritier qui reste seul sans portion déterminée par le testateur.

Mais cet auteur ne fait pas attention que deux héritiers institués sans portion, ne peuvent jamais être conjoints *re et verbis* tout à la fois, mais seulement *verbis* : en effet, il ne peut pas y avoir de conjonction effective entre des personnes instituées sans portion dans un testament où il s'en trouve d'autres instituées avec portion : il faut donc, dans l'espèce proposée, s'en tenir indistinctement à la loi 17, §. 1 du même titre, qui appelle tous les héritiers à la demi-once dont il s'agit. Voici comment elle est conçue : *Si duos ex undecim, duos sine parte scripsit; mox unus ex his qui sine parte fuerunt, repudiaverit : utrùm omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat ? et variat Sabinus; sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto. Nam quantùm ad jus adcrescendi, non sunt conjuncti qui sine parte instituuntur.* On ne peut rien de plus décisif que ces derniers termes. Le paragraphe suivant ajoute : *Idemque putat, et si, expleto asse, duos sine parte heredes scripserit, neque hos, neque illos conjunctos.*

« J'institue Titius dans la moitié, et Séius » dans la moitié, et j'institue Sempronius » dans la même part que celle pour laquelle » j'ai institué Séius ». Sur quel pied se fera le partage de l'hérédité ? La loi 15 du titre cité répond que Titius en aura la moitié, et que l'autre moitié se partagera entre Séius et Sempronius.

La loi 36 du même titre mérite une attention particulière. Si un testateur s'exprimait ainsi : « J'institue Séius pour la portion que je » marquerai dans mon codicille », et qu'il vînt ensuite à ne pas faire de codicille, ou

qu'il omît dans celui qu'il ferait, de régler la portion de Séius, l'Institution de celui-ci serait-elle caduque? Non. Séius sera considéré comme institué sans portion, et on lui appliquera tout ce que nous avons établi ci-dessus, concernant les Institutions de cette espèce : *si quis ita scripserit heredem*, ex quâ parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto : *Etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres quasi sine parte.*

Mais si, au lieu de dire au futur, « J'insti» tue Séius pour la portion que je marquerai », le testateur s'était servi du passé et avait dit, « J'institue Séius pour la portion que j'ai » marquée », l'Institution passerait pour conditionnelle; et le défaut d'avoir déterminé dans un codicille la part qu'elle devait comprendre, la rendrait nulle et sans effet. C'est ce que décide la loi 2, §. 1 du même titre : *Potest autem interesse utrùm ita quis scribat*, ex his partibus quas adscripsi, *an* adscripsero : *ut superiore modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse Institutionem : quomodò in illis Marcellus*, ex his partibus ex quibus testamento matri scripti fuissent, heredes sunto, *si intestata mater decesserit, hos non esse institutos.*

V. le *Digeste*, liv. 28, tit. 5; le *Code*, liv. 6, tit. 24, 25 et 26; les *Institutes*, liv. 2, tit. 14; l'*Ordonnance* de 1735; le *Traité des Testamens* de Furgole; Ricard, *Traité des Donations*; Voët *ad Pandectas*; Perezius *ad Codicem*; le *Traité* de Boullenois *des Statuts personnels et réels*; et les auteurs cités dans cet article.

V. aussi les articles *Codicille*, *Hérédité*, *Héritier*, *Indignité*, *Institution contractuelle*, *Légataire*, *Légitime*, *Legs*, *Partage*, *Prétérition*, *Testament*, etc.

[[INSTRUCTION PAR ÉCRIT. *V.* l'article *Appointement.*]]

[[INSTRUCTION PUBLIQUE. *V.* l'article *Université.*]]

* INTENDANT. On donne ce titre à des magistrats que le roi envoie dans les différentes parties du royaume, pour y veiller à tout ce qui peut intéresser l'administration de la justice, de la police et des finances.

Ils sont en général chargés de maintenir le bon ordre dans les provinces de leur département, qu'on appelle *généralité*, et d'exécuter les commissions que le roi ou son conseil leur donnent. C'est de là qu'ils sont appelés *Intendans de justice, police et finances, et commissaires départis dans les généralités du royaume, pour l'exécution des ordres du roi.*

On choisit presque toujours les intendans parmi les maîtres des requêtes. Cette fonction est néanmoins quelquefois remplie par des officiers des cours : c'est ainsi que le premier président du parlement d'Aix, et le premier président du conseil souverain de Roussillon, sont aujourd'hui intendans de Provence et de Roussillon.

Sous les deux premières races de nos rois, on avait coutume d'envoyer dans les provinces des commissaires qu'on nommait *missi dominici*, ou *missi regales*. On leur attribuait une autorité très-étendue, pour réformer les abus qui pouvaient s'être introduits dans les différentes parties confiées à l'administration des officiers des lieux.

Suivant une ordonnance de Charlemagne, de l'an 812, ces commissaires devaient tenir les audiences avec les comtes, durant les mois de janvier, d'avril, de juillet et d'octobre de chaque année.

Le successeur de Charlemagne régla, en 819, que les commissaires envoyés dans les provinces, ne tiendraient aucune assemblée dans les lieux où ils trouveraient la justice bien administrée par les comtes.

Le même prince ordonna en 829, à ces commissaires, d'avertir les comtes et les peuples qu'il donnerait audience un jour de chaque semaine, pour connaître des causes que les commissaires ou les comtes n'auraient pas voulu décider.

Lorsque, vers le commencement de la troisième race, les fiefs et les justices seigneuriales furent établis, on envoya pareillement dans les provinces, des commissaires choisis dans le conseil du roi, pour y maintenir l'autorité royale, connaître des cas royaux, et recevoir les plaintes auxquelles les seigneurs ou leurs officiers pouvaient avoir donné lieu. Ces plaintes devaient être jugées sommairement, quand cela était praticable; sinon, on devait les renvoyer aux grandes assises du roi.

Cette inspection ayant déplu aux seigneurs, on cessa durant quelque temps d'envoyer de ces commissaires, et nos rois se contentèrent d'en fixer quatre ordinaires, sous le titre de baillis royaux. Mais Louis IX et ses successeurs envoyèrent des enquêteurs pour examiner la conduite de ces baillis eux-mêmes et des autres officiers.

Ces enquêteurs étaient aussi appelés *commissaires du roi*. Mais ils n'avaient pas chacun le département d'une province entière, comme l'ont aujourd'hui les Intendans; il y avait dans chaque province autant de commissaires qu'il y avait d'objets différens qu'on mettait en commission, pour la justice, pour les finances, pour les monnaies, pour les aides, etc.

Ceux qui étaient chargés de l'administration de quelque portion de finance, devaient rendre compte, à la chambre des comptes, aussitôt que leur commission était finie, si cette commission ne devait pas durer plus d'un an; et, si elle devait durer davantage, leur compte devait se rendre à la fin de chaque année.

Les commissaires avaient quelquefois le titre de *réformateurs généraux*, et alors c'étaient ordinairement des prélats et des barons qui remplissaient la commission.

Les maîtres des requêtes auxquels les commissions d'Intendans de province ont depuis été en quelque sorte affectées, étaient déjà institués; mais ils furent d'abord en très-petit nombre, et ils ne servaient qu'auprès du roi.

Dans la suite, on en envoya la moitié faire des visites dans les provinces, et l'autre moitié restait auprès du roi. Ceux qui avaient été dans les provinces, revenaient rendre compte, au roi et à son chancelier, des observations qu'ils y avaient faites pour le service de l'état et le bien des peuples; ils proposaient aussi au parlement ce qui devait y être réglé, et y avaient entrée et séance.

Les ordonnances d'Orléans et de Moulins leur enjoignirent de faire tous les ans des chevauchées. L'ordonnance de 1629 renouvela cette disposition; mais ces tournées n'étaient que passagères, et ils ne résidaient point dans les provinces.

Ce fut Henri II qui, en 1551, établit les Intendans de province, sous le titre de commissaires départis pour l'exécution des ordres du roi.

En 1635, Louis XIII leur donna le titre d'*Intendans du militaire, justice, police et finance.*

L'établissement des Intendans éprouva d'abord plusieurs difficultés. Sous la minorité de Louis XIV, la levée de quelques nouveaux impôts dont ils furent chargés, ayant excité des plaintes de la part des cours assemblées à Paris, elles arrêtèrent, en 1648, que le roi serait supplié de révoquer les commissions d'Intendans; et par une déclaration du 13 juillet suivant, elles le furent pour quelques provinces seulement; dans d'autres, elles furent limitées à certains objets, mais elles furent ensuite rétablies: elles ne l'ont été cependant en Béarn qu'en 1682, et en Bretagne qu'en 1689.

Un Intendant de province a en général inspection sur tout ce qui peut intéresser le service du roi et de ses sujets: il doit veiller à ce que la justice leur soit rendue, à ce que les impositions soient bien réparties, à la culture des terres, à l'augmentation du commerce, à l'entretien des ponts et chaussées et des édifices publics; en un mot, il doit faire concourir toutes les parties de son département au bien de l'état, et prévenir le ministère sur tout ce qu'il convient de faire pour réformer les abus qui peuvent s'être introduits dans sa généralité.

On commet quelquefois, par arrêt du conseil, l'Intendant d'une province pour entendre des parties, dresser procès-verbal de leurs prétentions, et donner son avis sur des affaires qu'il serait trop dispendieux d'instruire à la suite du conseil. Quelquefois aussi, on le commet de même par arrêt du conseil pour faire des procédures et rendre des jugemens en dernier ressort ou autrement, avec un certain nombre de juges ou gradués.

Les Intendans de provinces, sont juges de la plupart des droits qui composent la régie ou ferme des domaines.

Ils sont en outre chargés du département de la taille dans les pays où elle est personnelle. Ils peuvent aussi faire les taxes d'offices.

Les appels des ordonnances ou jugemens des Intendans et commissaires départis, ne peuvent être relevés au conseil que par lettres ou par arrêt de *soit communiqué*. Cela est ainsi réglé par l'art. 1er. du titre 8 de la première partie du réglement du 28 juin 1738.

Il ne doit être reçu aucun appel des ordonnances rendues par les subdélégués d'un intendant sur les renvois qu'il leur a faits; et, si les parties ont à s'en plaindre, elles ne peuvent s'adresser qu'à lui; c'est ce qui résulte de l'art. 3. (M. GUYOT.)*

[[II. Les fonctions d'Intendans ont été supprimées par la loi du 22 décembre 1789, sect. 3, art. 9. *V.* l'article *Préfet.*]]

[[INTENDANT DU DOMAINE EXTRAORDINAIRE. *V.* l'article *Domaine extraordinaire.*]]

[[INTENDANT DU TRÉSOR PUBLIC. Un décret du 31 juillet 1806 portait, art. 2, que « le recouvrement des impôts dans les » 27e. et 28e. divisions militaires, serait surveillé, et le service des dépenses dirigé par » un conseiller d'état ayant le titre d'*Intendant du trésor public pour les départemens au delà des Alpes* ».

Le même décret déterminait ses attributions, et ordonnait, art. 25, qu'il prendrait « rang immédiatement après le gouver-

» neur général des départemens au delà des » Alpes ».

V. le décret du 24 février 1808, rapporté aux mots *Gouverneur général.*]]

INTENDIT. Terme de pratique qui s'employait autrefois en France, pour désigner les écritures qu'on fournissait dans les procès où il n'était question que de faits dont on offrait la preuve. Ce mot vient du latin *intendere*, tendre, parceque les écritures ainsi appelées, tendaient à la vérification de quelques faits.

Pour bien comprendre ceci, il faut remarquer que, dans l'ancien usage, quand les parties se trouvaient contraires en faits, il se donnait deux sortes d'appointemens ou de règlemens à informer.

Lorsque les faits n'étaient pas articulés avec précision et clarté, la forme du règlement était d'appointer les parties à écrire dans la huitaine par avertissemens qui seraient communiqués pour y répondre dans la huitaine suivante, et informer des faits contenus dans les avertissemens et réponses. En exécution de cet appointement, il fallait, après les avertissemens et réponses fournies, extraire les faits qui y étaient contenus, et dont on entendait faire preuve, les faire clore au greffe avec la partie adverse, et, après la clôture accordée par la partie ou ordonnée par défaut, les mettre clos et scellés entre les mains du commissaire enquêteur.

Mais lorsque les faits étaient bien déterminés et la contrariété évidente, les parties étaient appointées à écrire par *Intendits et faits contraires :* en conséquence de cet appointement, il fallait *fournir d'intendits :* c'est-à-dire, poser par articles les faits qu'on voulait vérifier; et après que les parties avaient respectivement posé leurs faits, ou que l'une d'elles en avait été forclose, il intervenait un second appointement, par lequel les *Intendits* et réponses étaient tenus pour accordés, et les parties appointées à vérifier leurs faits dans le mois, pardevant tel juge ou commissaire, lequel, en vertu de ce second appointement, procédait à l'audition des témoins.

On aperçoit, du premier abord, combien ces sortes de procédures devaient être longues, difficiles et dispendieuses. Elles étaient déjà telles sous le règne de Charles V : car une ordonnance donnée par ce prince, le 16 décembre 1364, porte que l'on consumait beaucoup de temps et d'argent à débattre les *Intendits.*

Mais l'ordonnance du mois d'avril 1667 a abrogé toutes ces formes et y a substitué un règlement bien plus simple. Voici comment est conçu l'art. 1 du tit. 22 de cette loi : « Es » matières où il écherra de faire des enquê- » tes, le même jugement qui les ordonnera, » contiendra les faits des parties, dont elles » informeront respectivement, si bon leur » semble, sans autres *Intendits* et réponses, » jugement ni commission ».

Les rédacteurs du *Dictionnaire de Trévoux* et l'*Encyclopédie* ont avancé comme une chose constante, que les *Intendits* étaient encore en usage au conseil provincial d'Artois. Il serait assez singulier que ce tribunal eût conservé une procédure aussi formellement proscrite par une ordonnance, qu'il a enregistrée purement et simplement. Cette première considération est déjà d'un grand poids pour faire suspecter l'allégation des auteurs cités; mais voici quelque chose de plus positif encore : c'est que, m'étant informé particulièrement de ce point, plusieurs procureurs du conseil d'Artois m'ont répondu que les *Intendits* n'étaient plus d'aucun usage dans leur province; quelques-uns même m'ont avoué n'avoir jamais entendu parler de ce mot.

Il n'en est pas de même du ressort du parlement de Flandre : comme l'ordonnance de 1667 n'y est point enregistrée, on y emploie encore les *Intendits;* mais ces écritures ne sont pas sujettes à tant de formes dans ces pays, qu'elles l'étaient autrefois en France.

Lorsqu'il est intervenu un jugement d'admission à faire preuve, les parties sont libres de donner des *Intendits,* ou de n'en pas donner : la seule différence qu'il y ait entre le cas où elles en donnent et celui où elles n'en donnent pas, c'est que, dans le premier, elles ne sont pas tenues de communiquer leurs *étiquets* avant de faire entendre leurs témoins, comme l'a jugé un arrêt en forme de règlement, du 28 juillet 1694; au lieu que, dans le second cas, elles ne peuvent se refuser à cette communication. C'est avec cette modification qu'il faut entendre ce que dit Dumées dans son *Traité des juridictions,* tit. 16, art. 2.

[[L'usage des *Intendits* a cessé dans le ci-devant ressort du parlement de Flandre, à l'époque de la mise en activité du Code de procédure civile, c'est-à-dire, le 1er. janvier 1807. *V.* l'article *Enquête.*]]

* INTENTION (1). Tout *délit* se compose

(1) Cet article qui sert de supplément à ce qui est dit au mot *Crime*, §. 1, et au mot *Excuse* (*à*

de deux élémens : d'un fait qui en constitue la matérialité, et de l'Intention qui a conduit à ce fait et en détermine la moralité.

Un fait involontaire ne peut être criminel: un fait qui n'a eu lieu que par une Intention légitime, un fait même auquel on s'est porté sans intention de nuire, ne peut donner lieu à des peines : en un mot, il n'y a délit que là où il y a un fait criminel et une Intention coupable.

Aussi la cour de cassation a-t-elle annulé, le 4 juin 1807, au rapport de M. Carnot, un arrêt de la cour de justice criminelle du département des Apennins, qui, en condamnant Thomas Croce, conformément à l'art. 638 du Code du 3 brumaire an 4, à la peine de la dégradation civique, pour avoir soustrait et décacheté une lettre confiée à la poste, n'avait pas déclaré qu'il l'eût fait volontairement et sciemment : « Attendu (porte l'arrêt » de cassation), que l'art. 638 du Code des délits » et des peines, dont l'application a été faite au » réclamant, par l'arrêt attaqué, ne punit la » soustraction des lettres confiées à la poste, » que quand cette soustraction a été faite » volontairement et à connaissance de cause; » attendu que l'arrêt attaqué s'est borné à dé- » clarer en fait qu'il y avait eu, de la part du » réclamant, soustraction des mains du fac- » teur de la poste, d'une lettre adressée au » chanoine Luquette, sans décider s'il avait » agi volontairement et à connaissance de » cause; attendu que la moralité de l'action » n'étant pas ainsi déclarée, l'arrêt attaqué a » fait une fausse application de la loi pé- » nale; la cour casse et annulle..... ».

[[L'art. 187 du Code pénal de 1810 ne permettrait plus aujourd'hui de juger de même. Ce n'est pas qu'aujourd'hui on puisse condamner comme coupable d'avoir décacheté une lettre confiée à la poste, un préposé de la poste elle-même qui prouverait qu'il ne l'a décachetée que de bonne foi, comme, par exemple, dans la fausse persuasion que c'était à lui que la lettre était adressée. Il est certain, au contraire, qu'en pareil cas, la preuve de la bonne foi du préposé devrait le faire acquitter. Mais cette preuve, ce serait à lui à la faire; et l'on n'aurait plus besoin, pour le condamner, d'une preuve positive de sa mauvaise foi. Sa mauvaise foi serait présumée par cela seul qu'il aurait commis le fait matériel auquel la loi attache la peine.

Du reste, en cette matière, comme en toute autre, un arrêt qui condamnerait un accusé sur la preuve qu'il aurait commis sans intention criminelle, un fait qualifié de délit par la loi, devrait être cassé sans difficulté; et c'est ce qui est arrivé dans l'espèce suivante.

Pierre Mallet, gendarme à la résidence de Brioude, avait été mis en jugement devant la cour d'assises du département de la Haute-Loire, comme étant un des auteurs ou des complices d'une association de malfaiteurs, qui avait été formée pour l'enlèvement d'une caisse publique.

Pour sa justification, il disait qu'il n'avait feint d'entrer dans cette association, que pour connaître les projets des malfaiteurs, et en empêcher l'exécution; que, dès qu'il avait eu connaissance du complot, il l'avait dénoncé au lieutenant de la gendarmerie et au sous-préfet de l'arrondissement; que tous deux avaient dressé procès-verbal de sa dénonciation, et lui avaient ordonné de continuer à feindre son adhésion aux projets dont il s'agissait, afin d'en pouvoir fournir les preuves; que le crime n'avait été connu de manière à pouvoir en rapporter les preuves, que par sa dénonciation et par les procès-verbaux qui en avaient été dressés; que c'était à lui seul que l'on devait l'arrestation, la mise en jugement, la conviction des coupables; qu'il ne devait pas être jugé et condamné comme complice, tandis qu'il n'avait rien fait que de l'ordre de ses supérieurs.

Les débats terminés, le président pose en ces termes, relativement à Mallet, la question de culpabilité : « Est-il coupable d'avoir » été l'auteur ou le directeur de l'associa- » tion » ?

Le jury répond : « Oui, il est l'auteur et » le directeur de l'association ».

Sur cette déclaration, arrêt du 28 décembre 1811, qui condamne Mallet à quinze ans de travaux forcés.

Mallet se pourvoit en cassation, et, par arrêt du 6 mars 1812, au rapport de M. Audier-Massillon,

« Vu les art. 337, 345, §. 2, 362, 428 et 429 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu qu'il ne peut y avoir lieu à condamnation que sur un fait déclaré par la loi crime ou délit, commis avec une intention criminelle; qu'ainsi, d'après les art. 362 et 365 du Code d'instruction criminelle, les cours d'assises ne sont autorisées à condamner les accusés que lorsqu'ils ont été reconnus, par le jury, coupables d'un fait qualifié crime

---

l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets), appartient à M. Barris, président à la cour de cassation; on doit remarquer que ce magistrat l'avait rédigé avant le Code d'Instruction criminelle de 1808 et le Code pénal de 1810.

ou délit par la loi; que le mot *coupable* est une expression complexe, qui déclare tout à la fois que le fait de l'accusation est constant, que l'accusé en est l'auteur, et qu'il l'a commis avec une intention criminelle; que là où ces trois circonstances ne sont pas réunies, il ne peut pas y avoir de culpabilité;

» Et attendu que, par un procès-verbal dressé le 15 juin 1811, par le sous-préfet et le lieutenant de gendarmerie à Brioude, il avait été constaté que le gendarme Mallet leur avait dénoncé la proposition qui lui avait été faite par des malfaiteurs, d'entrer dans un complot dont l'objet était l'enlèvement des caisses publiques, et auquel il avait feint d'adhérer pour être instruit de leurs projets, et être à même d'en empêcher l'exécution; que ces fonctionnaires lui avaient ordonné de continuer à feindre son adhésion et de faire en sorte d'amener les choses jusques à la rédaction et à la signature d'un traité d'association qui assurerait la preuve du complot; que, par un autre procès-verbal des mêmes fonctionnaires publics, en date du 16 du même mois, il était aussi constaté qu'en exécution des ordres donnés audit Mallet, celui-ci avait amené les malfaiteurs à la signature du susdit acte d'association; qu'il avait aussi signé lui-même pour éloigner toute méfiance, et que cet acte avait été remis par ledit Mallet entre les mains des susdits fonctionnaires, rédacteurs du procès-verbal, pour en être par eux fait ce qu'ils croiraient convenable; qu'il résultait de ces procès-verbaux que, dans les rapports que Mallet avait eus avec les malfaiteurs, il n'y avait jamais eu de sa part intention criminelle; que, dans l'acte d'association qui avait été formé et rédigé pour l'enlèvement des caisses publiques, Mallet n'avait agi que dans un but utile, avec l'autorisation de ses supérieurs, et par suite de l'obéissance qu'il leur devait en sa qualité de gendarme; que ces procès-verbaux avaient été relatés dans l'acte d'accusation dressé contre Mallet; qu'ils faisaient partie des pièces de la procédure; qu'ils ont conséquemment été mis sous les yeux des jurés, et qu'ils ont dû avoir une grande influence sur leur délibération; qu'aussi les jurés, après avoir déclaré constant, dans la première question, le fait matériel de l'association, pour l'enlèvement des recettes publiques, avec toutes les circonstances mentionnées dans le résumé de l'acte d'accusation, ont-ils modifié leur réponse à la seconde, qui est relative à la culpabilité de Mallet; que sur cette question qui était ainsi conçue : *Pierre Mallet est-il coupable d'avoir été l'auteur ou le directeur de cette association avec les mêmes circonstances*, etc.? Ils n'ont pas répondu : *Oui, Mallet est coupable;* mais seulement : *oui, il est l'auteur et le directeur de cette association;* qu'en refusant ainsi d'employer le mot *coupable*, qui avait été porté dans la question, conformément à la loi, les jurés ont nécessairement déclaré qu'il n'y avait pas eu intention criminelle de la part de Mallet, dans le fait dont ils le reconnaissaient avoir été matériellement auteur; que leur déclaration n'a donc présenté que deux des élémens de la culpabilité, et qu'elle a conséquemment exclu celui qui consistait dans la criminalité du caractère moral du fait; que le fait ainsi déterminé par la déclaration du jury, à l'égard de Mallet, n'ayant que la matérialité du crime, et n'en ayant pas le caractère moral, ne constituait point un crime ni un délit qualifié par la loi; qu'il s'ensuit, que la condamnation prononcée contre lui doit être annulée comme contenant fausse application de la loi pénale, et que, conformément à la dernière disposition de l'art. 429 du Code d'instruction criminelle, il ne doit être prononcé aucun renvoi; et, qu'en conséquence, la mise en liberté dudit Mallet doit être ordonnée :

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle....».]]

La règle confirmée par cet arrêt et par une foule d'autres qu'il serait inutile de citer, est générale; mais elle doit être entendue sainement.

L'intention doit être jugée, non-seulement dans ses rapports avec l'intérêt particulier, mais aussi dans ses rapports avec l'intérêt général et social.

Par exemple, un faux aura été commis dans un passeport : en commettant ce faux, ou en en faisant usage, on n'aura nui, ni voulu nuire à aucun individu; mais on aura voulu se soustraire à la surveillance de la police ou à l'action de l'autorité; l'Intention est également coupable : elle caractérise le dessein du *crime* (1).

Quelques tribunaux, en interprétant d'une manière différente l'art. 41 de la 2e. section du tit. 2 de la 2e. partie du Code pénal du 25 septembre 1791, avaient jugé dans un sens opposé à ce principe : mais leurs arrêts ont été constamment annulés par la cour de cas-

(1) [[Aujourd'hui, le faux dans les passeports n'est plus régulièrement considéré comme un *crime*, mais seulement comme un *délit*. *V.* le Code pénal de 1810, art. 153, 154 et 155.]]

sation, et notamment les 8 et 14 août 1806, au rapport de MM. Liborel et Minier.

Il en serait de même si un faux, ou tout autre crime, avait été commis pour se soustraire à une obligation imposée par la loi, par exemple, pour se dérober à la conscription militaire. Quoiqu'il ne pût résulter du fait aucun préjudice individuel, il suffirait qu'il eût eu pour objet de s'affranchir d'un devoir qu'impose la loi, pour que l'Intention en fût criminelle, et qu'ainsi il fût un délit par sa matérialité et par sa moralité. (*V.* l'article *Conscription militaire*, §. 8.)

Mais pour que l'Intention puisse constituer une moralité criminelle, il faut qu'elle ait pu être déterminée par le discernement. Un fou frappe un coup qui donne la mort; il a agi avec volonté; mais cette volonté a été un instinct physique; elle n'a pas été dirigée par le sentiment du bien et du mal : ce fou a fait une action atroce; mais il n'a pas commis un crime : l'autorité administrative doit l'enfermer comme un être dangereux; mais l'autorité judiciaire n'a pas le droit de le punir.

[[« Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le » prévenu était en état de démence au temps » de l'action, ou lorsqu'il a été contraint » par une force à laquelle il n'a pu résister ». (*Code pénal de* 1810, *art.* 64.)]]

Cette règle n'est pas cependant tellement absolue, qu'elle ne soit susceptible d'aucune exception.

Si l'écart de la raison n'a été que momentané, et s'il a été produit par un fait volontaire et répréhensible, il ne sera point un moyen d'impunité. C'est ainsi que l'ivresse ne peut éteindre ni même faire adoucir la peine d'un crime. Celui qui s'enivre volontairement, ou qui boit volontairement de manière à égarer sa raison, se rend responsable de tout ce qui peut être la suite de son ivresse. Il savait quel pouvait être l'effet d'une boisson immodérée, et cette connaissance préexistante à son ivresse, s'attache à tous les faits qui en sont le résultat et en caractérisent la moralité. L'ivresse n'est pas punie par la loi civile, mais elle est condamnée par la morale; et un fait répréhensible ne peut jamais devenir une excuse.

La cour de cassation a plusieurs fois annulé des arrêts de cours de justice criminelle, qui s'étaient écartés de ces règles invariables d'intérêt social et d'honnêteté publique; et au contraire, elle a, par un arrêt rendu au rapport de M. Vasse, le 19 février 1809, rejeté le recours formé par Jean Vilhemen et Théodore Burh, contre un arrêt de la cour de justice criminelle du département de la Sarre, qui les avait consacrées.

La colère qui, quelquefois, ôte ou obscurcit la raison, ne peut pas non plus modifier la moralité d'un fait, ni en affaiblir la peine. L'homme violent a à s'imputer de ne pas avoir réprimé l'impétuosité de son caractère, ou dompté la fougue de ses passions. [[*V.* l'article *Excuse*, n°. 3.]]

Le principe que nous avons posé, qu'il ne peut y avoir de délit que là où il y a un fait criminel constaté et une Intention coupable reconnue, doit recevoir lui-même, quelquefois, certaines modifications; et il est des cas où il n'est pas permis aux tribunaux d'entrer dans l'examen de l'Intention et dans lesquels cette intention est de droit présumée coupable par la nature même du fait matériel.

Tels sont les cas de contravention aux règlemens de police locale.

Le nommé Picard, assigné devant le tribunal de police de Lisieux, pour avoir contrevenu à l'arrêté de la mairie de cette ville et au règlement de police qui défendaient de faire passer des chevaux et des bestiaux sur le boulevart, a prétendu ne l'avoir fait que par ignorance de cet arrêté, et s'est excusé sur son Intention. Sa défense a été accueillie par un jugement du 26 floréal an 12.

Mais, le commissaire de police s'étant pourvu en cassation, arrêt est intervenu, le 1er. thermidor de la même année, au rapport de M. Schwendt, par lequel,

« Considérant que l'acte de la mairie, du 6 germinal an 9, et le règlement de police du 15 germinal an 10, dûment autorisés et connus, font défense de conduire et faire passer des bestiaux sur le boulevart; que la contravention à cette disposition, de la part dudit Picard, est établie par sa propre défense insérée au jugement attaqué, et par le procès-verbal du commissaire de police; et que le fait par lui-même, indépendamment de l'Intention, constitue un délit de police;

» Vu les règlemens cités, et les art. 600 et 606 de la loi du 3 brumaire an 4;

» La cour, faisant droit sur le pourvoi du commissaire de police, remplissant les fonctions du ministère public près le tribunal de police du canton de Lisieux, casse le jugement rendu par ce tribunal, le 26 floréal dernier en faveur dudit Picard, pour contraventions aux lois et règlemens cités ».

Tels sont aussi les cas de contravention aux règlemens sur la police de la médecine, de la chirurgie et de la pharmacie.

Un procès-verbal du 29 août 1806, dressé

par un commissaire de police, assisté des membres du jury médical, avait constaté que Joseph Sandelyon, sans autorisation et sans titre, faisait circuler un imprimé annonçant la distribution et la vente d'une *liqueur de santé*, et qu'au dessus de la porte de sa maison était un écriteau portant ces mots : *Chirurgien-botaniste*. Ces faits, reconnus par le prévenu, avaient motivé, en première instance, la condamnation du sieur Sandelyon à 500 francs d'amende et aux dépens.

Sur l'appel de ce jugement, la cour de justice criminelle du département du Rhône, déterminée par plusieurs circonstances qui lui ont paru établir la bonne foi de Sandelyon, a déchargé celui-ci de l'amende, et s'est bornée à lui faire défenses de récidiver et à le condamner aux dépens.

Mais, sur le recours en cassation du ministère public, arrêt du 19 février 1807, au rapport de M. Vasse, par lequel,

« Vu la disposition des lois du 25 avril 1777, art. 6 et 7; du 19 ventôse an 11, art. 35 et 36; et du 21 germinal même année, art. 33;

» Et attendu qu'il résultait de l'instruction du procès que Joseph Sandelyon, sans être légalement autorisé, s'annonçait, tant par des imprimés que par un écriteau sur la porte de son domicile, comme chirurgien-botaniste, et distribuant à prix d'argent une liqueur de santé;

» Attendu que la cour de justice criminelle de Lyon, en libérant, sous des prétextes de bonne foi que la loi n'admet point, Joseph Sandelyon des peines prononcées par la loi contre de pareilles entreprises, a placé son jugement en opposition au vœu du législateur, et à la disposition des art. 35 et 36 de la loi du 19 ventôse an 11;

» La cour casse et annulle.....».

Tels sont encore les cas de contravention aux lois sur les douanes. (*V.* l'article *Excuse*, n°. 8.)

Il en est de même dans la législation des *droits-réunis*, [[aujourd'hui *contributions indirectes*]]. Il est vrai que cette législation ne contient pas, comme celle des douanes, une disposition formelle qui prohibe d'avoir égard à l'Intention; mais les peines qu'elle prononce, elle les applique à la *contravention*, c'est-à-dire, au fait simple et matériel de sa violation. C'est donc seulement ce fait matériel que les tribunaux doivent juger; et s'ils le reconnaissent constant, ils ne peuvent se dispenser, sans enfreindre la loi, de prononcer la peine qu'elle a déterminée.

Si cette décision avait besoin d'être appuyée d'autorités, on en trouverait dans plusieurs arrêts de la cour de cassation, et notamment dans un arrêt du 12 floréal an 13, portant cassation d'un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Bas-Rhin, et dans un autre du 21 février 1806, par lequel fut annulé un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Pô.

On lit dans l'arrêt du 21 février 1806, « que » les tribunaux ne peuvent qu'appliquer la » loi aux faits reconnus constans; qu'à l'ad- » ministration des droits-réunis appartient » exclusivement le droit de peser les circons- » tances de ces faits, d'en apprécier la mo- » ralité, et d'accorder ou de refuser, d'après » cet examen, des remises sur les confisca- » tions et les amendes encourues ».

[[Le *Bulletin criminel* de la cour de cassation nous retrace encore un arrêt du 30 novembre 1811, qui consacre formellement ce principe :

« Dans la nuit du 9 juillet 1811 (y est-il dit), les préposés de la régie surprirent plusieurs individus qui conduisaient un cheval chargé d'un sac qui contenait cinquante-cinq kilogrammes de tabac en poudre, non revêtu de marques de manufacture, et sans être accompagné d'acquit à caution. J.-B. Arnault était du nombre des conducteurs; il fut arrêté : ayant fait résistance, et même voulu se servir d'un bâton dont il était porteur, les préposés furent obligés de le lier, et le conduisirent chez le maire de la commune. Traduit en justice, Arnault prétendit s'excuser en disant, ainsi qu'il l'avait déjà observé aux préposés, qu'il n'avait été que le guide de celui qui conduisait le cheval saisi, moyennant la rétribution d'un petit écu, et qu'il ignorait que le cheval fût chargé de tabac. Les premiers juges admirent la preuve de ce fait; et, après l'audition des témoins, ils déchargèrent Arnault de sa demande. La cour de Bordeaux a maintenu ce jugement, et son arrêt a été cassé ainsi qu'il suit :

» Ouï le rapport de M. Chasle...;

» Vu les art. 24 et 28 du décret impérial du 29 décembre 1810;

» Et attendu que, quoique les faits attestés par le procès-verbal qui devait faire foi en justice, constituassent évidemment ledit Arnault en fraude, la cour de Bordeaux s'est néanmoins permis de le décharger de la demande de la régie, sous le prétexte qu'il n'avait été que le guide, à prix d'argent, du conducteur ou des conducteurs du cheval qui portait le tabac; que la preuve admise de cette prétendue excuse réprouvée par la

loi, et la décision qui s'en est suivie, forment une violation manifeste, soit de la loi qui veut que les procès-verbaux des préposés fassent foi en justice, soit de celle qui défend de colporter des tabacs en fraude, et qui ne peut, sans rendre ses dispositions absolument illusoires, admettre aucune distinction entre les conducteurs des objets de la fraude;

» La cour casse et annulle... ».]]

Le même principe règle aussi l'application des peines établies par les lois sur les octrois : c'est encore contre la *contravention* que ces peines sont ordonnées; elles sont donc encourues par le seul fait de la *contravention*.

Ce principe d'exception à la règle générale s'applique à toutes les lois fiscales.

[[Il s'applique, par conséquent, aux lois relatives à l'enregistrement, et c'est ce qu'a jugé un arrêt rapporté aux mots *Enregistrement (droit d')*, §. 34.

En voici un autre du 23 novembre 1807, qui juge la même chose pour le droit du timbre : nous le puisons dans le *Bulletin civil de la cour de cassation*.

« Le 12 juillet 1806, les préposés de la régie de l'enregistrement constatèrent que l'hospice de Rochefort avait un registre non timbré, sur lequel étaient inscrites trois délibérations prises en l'an 8 et en l'an 10, qui avaient pour objet l'administration temporelle et extérieure de cet établissement. Les préposés de la régie de l'enregistrement poursuivirent, en conséquence, le secrétaire de l'hospice, et lui demandèrent la somme de 103 francs 95 centimes, montant du droit de timbre, et de l'amende encourue aux termes de la loi du 13 brumaire an 7 et du décret du 4 messidor an 13. Le 20 août, le tribunal de Rochefort a rendu un jugement dans lequel il reconnaît que le droit et l'amende réclamés étaient dus, mais en fait remise *pour cette fois*, par la considération que l'hospice n'a que des revenus très-modiques, et qu'il n'avait pas été dans son intention de frauder les droits du fisc. Cette dernière disposition présentait une violation de l'art. 51 du décret du 27 mai 1791, laquelle a été réprimée par l'arrêt dont la teneur suit :

» Ouï le rapport de M. Zangiacomi....;

» Vu l'art. 51 du décret du 27 mai 1791;

» Considérant que le tribunal de Rochefort reconnaît que la demande de la régie est appuyée sur le texte de la loi; que, pour la débouter, *pour cette fois*, de sa demande, le tribunal ne se fonde que sur des considérations qu'aucune loi n'avoue, et que par conséquent il a violé l'article ci-dessus;

» La cour casse et annulle... ».

Mais le principe qui a déterminé ces arrêts n'est pas restreint aux délits qui portent atteinte aux droits fiscaux.]]

Il est, en effet, d'autres cas où le fait matériel, emportant avec lui-même la présomption légale d'Intention criminelle, constitue, par sa simple matérialité, le délit, et impose aux juges l'obligation d'en imposer la peine. On peut en citer pour exemple la menace verbale d'incendie, la menace d'incendie par écrit et avec sommation.

Le premier de ces délits est puni d'une peine correctionnelle par l'art. 13 de la loi du 25 frimaire an 8. Le second est puni de vingt-quatre ans de fers par la loi du 17 mai 1806.

Le premier existe par le simple fait de la menace; il n'est pas permis aux tribunaux d'examiner si celui qui en est l'auteur, avait l'Intention de la mettre à exécution : il suffit que la menace ait pu inspirer quelque crainte à celui à qui elle a été adressée; le délit a, dès-lors, tous les caractères qui doivent lui faire appliquer la peine de la loi. Ce n'est pas, en effet, le projet d'incendie que la loi a exclusivement voulu punir; c'est aussi l'inquiétude, c'est l'effroi qu'une telle menace inspire, qu'elle a eu pour objet de réprimer et de prévenir. La menace eût-elle été faite dans une querelle, dans la chaleur d'un emportement, son effet devant être le même, elle constituerait également un délit; et les juges ne pourraient avoir égard aux circonstances que pour modifier les peines dans l'étendue du *maximum* et du *minimum* dont la loi leur a tracé la limite discrétionnaire.

[[*V.* l'article *Incendie*, §. 1, n°. 3.]]

Le second délit, la menace d'incendie par écrit et avec sommation, se compose du vol qui en est la fin, et de la menace d'incendie qui en est le moyen. *Ce crime existe* (ainsi que le disait l'orateur du gouvernement dans son rapport au corps législatif sur la loi du 17 mai 1806), *et son exécution commence avec la sommation même*. Le fait en détermine l'Intention; la matérialité en caractérise la moralité.

La loi du 14 vendémiaire an 3 avait bien prescrit que, sur tout fait, il fût posé une question intentionnelle : mais cette loi a cessé d'exister depuis la publication du Code du 3 brumaire an 4, dont l'art. 594 porte que les dispositions de ce Code devront seules régler à l'avenir l'instruction et la forme, tant de procéder que de juger, relativement aux délits de toute nature; et d'après l'art. 374 de ce Code, l'obligation sur la question d'Inten-

tion n'est plus absolue : elle n'est que relative et circonstancielle *.

[[*V.* l'article *Violence*, nº. 7.]]

* INTERDICTION. C'est l'action de priver quelqu'un de l'administration de ses biens, et quelquefois de sa personne.

§. I. *Notions générales sur l'Interdiction.*

I. La définition que nous venons de donner de l'Interdiction, suffit seule pour faire sentir avec quelle réserve on doit la provoquer. La liberté est le plus grand des biens, celui dont l'homme est le plus jaloux : elle consiste, dans l'état social, à ne dépendre, soit pour ce qu'on est, soit pour ce qu'on possède, que de soi-même et des lois qui régissent sans distinction tous les sujets d'un même empire. L'Interdit pour cause de prodigalité perd la disposition de ses biens ; l'Interdit pour fureur perd, de plus, celle de sa personne. Il n'est plus maître de ses actions : il a des biens, mais il n'en jouit qu'autant qu'il plaît à autrui de l'en faire jouir : il ne peut en disposer au gré même de ses intentions les plus légitimes : nul par lui-même, privé en quelque sorte de volonté, il attend tout de son curateur, qui lui-même n'a qu'une autorité très-bornée. « Les plus honnêtes » gens (dit Basset) ont toujours cru qu'on » ne pouvait avoir un déplaisir plus sensi» ble, ni ressentir une plus griève peine que » d'être interdit de contracter, et d'être » privé de ce commerce parmi les hommes, » et de ne pas jouir de la liberté des contrats » qui leur est commune ; de vivre avec eux, » pour ainsi dire, dans un tombeau animé, » et d'être banni honteusement dans son » propre pays ». Que le préteur (s'écrie la loi romaine) prenne bien garde de mettre quelqu'un dans les liens d'une curatelle légèrement, et sans la plus grande connaissance de cause.

Toutes les fois qu'on provoque l'Interdiction, il faut qu'il en résulte un bien sensible pour celui contre qui on la provoque ; c'est moins l'intérêt d'une famille que l'on considère, que celui d'un sujet. Cependant le furieux est interdit moins par rapport à son propre intérêt, que par rapport à la société, que ses excès peuvent troubler.

L'Interdiction remet l'homme fait dans les liens de son enfance. Dans le premier âge, la nature l'asservit à son père et à sa mère ; et s'il vient à les perdre, la loi lui donne un maître dans un tuteur ; toute disposition lui est défendue, et cette impuissance où il est réduit, est un frein qui retient ceux qui pourraient abuser de sa faiblesse ou de son défaut d'expérience. Lorsque, parvenu à cet âge où les lois ont prévu que l'homme était fait pour se gouverner par lui-même, on aperçoit en lui un dérangement considérable, la raison qui avait déterminé la loi, cesse, et il est juste qu'elle reprenne un empire auquel elle n'avait renoncé que par des vues qui ne sont pas remplies.

II. On aura lieu de remarquer que l'Interdiction n'est pas toujours générale : quelquefois elle ne comprend qu'un seul genre d'actions. Ainsi, tandis qu'on voit des Interdits aussi rigoureusement asservis à leurs curateurs que le sont des pupilles à leurs tuteurs, on en voit d'autres qui peuvent faire des actes d'aliénation.

Ceux-ci ne sont pas cependant considérés comme véritablement interdits. Le remède varie suivant les circonstances, et c'est la nature de chaque affaire qui règle la manière dont on doit pourvoir aux besoins de ceux à qui ces secours sont nécessaires. Juge-t-on, par exemple, qu'un homme a trop de facilité à entreprendre des procès ? Alors, on lui défend d'en commencer aucun sans l'avis d'un avocat ou de tout autre conseil qu'on lui nomme. De même, s'il a donné lieu de craindre qu'il ne se déshonore par quelque alliance, on lui nomme un conseil sans lequel il ne peut contracter de mariage : mais, comme nous venons de l'observer, c'est plutôt un empêchement particulier qu'une Interdiction.

[[Aujourd'hui, l'Interdiction ne peut plus être prononcée que contre *le majeur qui est en état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur.* Ce sont les termes de l'art. 499 du Code civil.

Néanmoins, ajoute l'art. 499, « en rejetant » la demande en Interdiction, pour l'une ou » l'autre de ces causes, le juge peut, si les » circonstances l'exigent, ordonner que le » défendeur ne pourra désormais plaider, » transiger, emprunter, recevoir un capital » mobilier, ni en donner décharge, aliéner » ni grever ses biens d'hypothèques, sans » l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé » par le même jugement ».

Quant aux prodigues, l'art. 513 porte qu'il peut pareillement leur être défendu « de plai» der, de transiger, d'emprunter, de rece» voir un capital mobilier et d'en donner » décharge, d'aliéner ni de grever leurs biens » d'hypothèques, sans l'assistance d'un con» seil qui leur est nommé par le tribunal ».

Nous reviendrons là-dessus au mot *Prodigue.*]]

Après avoir donné ces premières notions, nous allons entrer dans les détails de la matière.

§. II. *Causes pour lesquelles l'Interdiction peut être prononcée.* [[*Cas où elle a lieu de plein droit.*]]

I. En général, l'Interdiction ne se prononce que dans les cas de démence, de fureur et de prodigalité. Une volonté libre est la base de tout engagement; ni le furieux, ni l'imbécille, ni le prodigue, ne sont censés avoir cette volonté. Le premier ne suit que son délire; le deuxième cède aux impressions d'autrui; et le prodigue n'écoute que ses passions.

Toutes les fois que l'une de ces causes ne se trouve pas, la demande en Interdiction doit être rejetée. C'est ce que le parlement de Paris a jugé solennellement dans une cause où les circonstances combattaient ce principe. Une veuve, de famille noble avait été interdite par sentence des juges de Baugé, d'après une enquête faite à la requête de ses enfans et de ses proches, et de laquelle il résultait que cette femme avait tenu la conduite la plus dissolue. M. de Barentin, avocat général, fit prononcer, par arrêt du 14 décembre 1768, la nullité de l'Interdiction, sur le fondement que cette enquête ne constatait aucun fait d'où pût résulter la fureur, la démence ou la prodigalité.

II. Il est cependant un cas où [[suivant l'ancienne législation, actuellement abrogée]] une femme veuve peut être interdite, encore bien qu'elle ne soit ni furieuse, ni imbécille, ni prodigue; c'est celui où étant née dans une condition honnête, et ayant des enfans d'un précédent mariage, elle prétendrait se mésallier en se mariant à un homme vil par lui-même ou d'un état abject. Ce cas résulte de l'art. 182 de l'ordonnance de Blois : « Les » veuves (porte cet article) ayant enfans » d'autre mariage, et qui se remarient folle- » ment à personnes indignes de leur qualité, » les aucunes à leurs valets, seront inter- » dites ».

La veuve d'un procureur au parlement de Paris fut interdite sur le fondement de cette disposition. Il y avait preuve qu'elle voulait épouser son domestique; et cependant sa défense ne laissait pas d'être imposante : elle prétendait que ne s'étant point remariée, on ne pouvait invoquer cette loi contre elle; que l'ordonnance ne prononçant aucune peine contre les mariages qui ne sont que projetés, la demande tendante à son Interdiction n'était pas admissible; que l'ordonnance ne comprend pas dans sa disposition les femmes qui sont sur la voie du mariage, mais seulement, les femmes *qui se remarient.* Enfin, ce qui pouvait le plus retenir les magistrats, c'était le mérite de M. d'Héricourt, avocat, sans l'avis duquel elle consentait à ne contracter aucun mariage. Cependant, par arrêt rendu le 19 août 1748, sur les conclusions de M. Brochart de Saron, l'Interdiction fut prononcée. Cette veuve avait marqué une passion démesurée pour son domestique; et sa volonté de l'épouser s'était manifestée de manière à ne laisser aucun doute; on rapportait des lettres qu'elle lui avait écrites dans la violence de son amour; elle lui avait d'ailleurs assuré une pension viagère de 400 livres. La sentence, dont elle était appelante, lui ôtait l'éducation de ses filles; cette disposition fut adoptée par l'arrêt.

Frain rapporte un arrêt du parlement de Bretagne, rendu en décembre 1614, qui juge qu'une femme qui a fait un semblable mariage, est interdite de plein droit sans aucun jugement qui la déclare telle; et que par conséquent tous les contrats qu'elle fait pendant ce mariage, sont nuls.

Une trop grande disproportion d'âge et des avantages considérables à son nouvel époux, par une femme qui aurait des enfans de son premier mariage, avec quelques autres circonstances, peuvent aussi donner lieu à son Interdiction. Mornac, sur la loi unique, C. *de inofficiosis dotibus*, rapporte un arrêt qui interdit une femme âgée de 50 ans, ayant quatre filles de son premier mariage, pour s'être remariée à un jeune homme de 30 ans, par lequel sa fille cadette avait été recherchée, et lui avait accordé par contrat de mariage la plus grande partie de sa part des conquêts de la première communauté, encore que la naissance et les biens de ce second mari ne fussent pas fort au-dessous de ceux de la femme : *Quamvis seu per claritatem natalium, seu per divitias, haud tam indignus esset ejusmodi vitulâ, quæ ex facto ejus ad se pellexerat, cùm ambiret ille appeteretque minorem filiam.*

Le plus sévère des arrêts sur lesquels cette jurisprudence est appuyée, est celui que rapporte Dufail, liv. 1, chap. 381, et qui a été rendu entre Jeanne Boutier et les enfans de son premier lit. Jeanne Boutier ayant été appelée devant le juge de la juridiction du chapitre de Dol, demanda à prouver son bon ménage. Le tuteur de ses enfans n'allé-

guait contre elle aucun reproche, soit de prodigalité, soit de fureur, soit de démence; le juge n'en prononça pas moins l'Interdiction, sur le seul fait qu'elle était âgée, et qu'elle s'était remariée ayant grand nombre d'enfans, à un jeune homme qui avait peu ou point de biens. Sur l'appel, le parlement de Bretagne confirma la sentence par arrêt du 11 août 1575.

Ces arrêts ne peuvent être considérés que comme des exceptions introduites en faveur des enfans, et qui ne peuvent porter atteinte au principe que l'Interdiction ne se prononce que dans les trois cas de fureur, de démence et de prodigalité.

[[*V.* le §. précédent, n°. 2.]]

III. Lorsque la démence n'est que par intervalles, il est difficile de prononcer l'Interdiction. Le mercredi 22 décembre 1762, on plaida la question de savoir si un particulier qui, pendant le cours de cinq à six années, avait eu des accès de fièvre chaude, qui, quelquefois, duraient six semaines, pendant lesquelles sa raison s'égarait, sans cependant lui ôter la faculté de sortir et de se promener, pouvait être interdit. La cour eut beaucoup de peine à se déterminer; et il semble que c'était tout au plus le cas de lui donner un conseil; cependant elle confirma l'Interdiction prononcée par les juges du Châtelet.

[[L'art. 489 du Code civil permet d'interdire « le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, même lorsque cet état présente des intervalles lucides ».]]

Dans ces sortes de cas, c'est l'état domestique, et [[lorsqu'il s'agit de prodigalité, cause qui ne peut plus donner lieu à l'Interdiction, mais seulement à une nomination de conseil]], les aliénations qu'a pu faire celui contre lequel on procède, qui doivent déterminer.

Tous les jurisconsultes se réunissent dans ce point, que la seule crainte qu'un homme n'abusât de sa liberté, ne serait point un motif légitime d'interdiction. Sa prodigalité doit s'être manifestée par des actes qui font entrevoir sa ruine prochaine.

On trouve cependant dans les plaidoyers de Corbin, un arrêt du parlement de Paris, du 26 avril 1606, par lequel a été reçue l'action d'un gendre contre une femme âgée et paralytique, qui menaçait de vendre son bien, au préjudice d'une donation faite en faveur de mariage : la cour ordonna qu'il serait informé de la vieillesse et de la paralysie de cette femme.

Un arrêt du 12 février 1648 réforma une sentence du prévôt de Paris, qui avait prononcé l'Interdiction, pour cause de mélancolie, contre une femme, à la requête de ses gendres.

[[IV. Il est un cas où l'Interdiction a lieu de plein droit, mais pour des causes autres que la fureur et la démence. *V.* l'article *Condamné*, n°. 2.]]

§. III. *Des formalités que doit employer et des précautions que doit prendre le juge, avant de prononcer l'Interdiction.*

I. L'Interdiction se prononce sur un avis de parens; et pour qu'elle soit juridique, il faut que les causes sur lesquelles on la provoque, soient prouvées.

Toutes les fois qu'elle n'est pas fondée sur une juste cause, et que cette cause n'est pas pleinement prouvée, on peut revenir contre, et la faire déclarer nulle. Trois arrêts du parlement de Paris, le premier du 16 février 1626, le second du 3 juin 1631, et le troisième du 16 juin 1633, l'ont ainsi jugé.

Le dernier veut qu'il y ait enquête et information préalables. La cour fit défenses au juge de la Flèche, qui avait négligé ces formalités, ainsi qu'à tous autres, de prononcer de semblables Interdictions, à peine de répondre des dommages-intérêts des parties en leur propre et privé nom.

Un arrêt du parlement de Toulouse, du 27 septembre 1570, annula une Interdiction provoquée, et prononcée du soir au matin par le juge de Castelnaudari. L'arrêt ordonna qu'il serait informé des faits de prodigalité, et cependant permit à l'Interdit d'arrenter ses biens.

Un autre arrêt du parlement de Paris, du 9 juillet 1698, a déclaré nulle l'Interdiction d'une sœur, pratiquée par un frère dans sa justice, sur la déposition de ses propres domestiques, sans avoir fait entendre ceux de sa sœur, ni autre personne.

Au surplus, voici les formalités les plus conformes aux règles d'une bonne jurisprudence.

On présente une requête au juge ordinaire, où l'on expose le fait pour lequel on croit devoir requérir l'Interdiction; et l'on conclud avant tout à ce que les parens soient assemblés pour donner leur avis sur cette requête.

En exécution de l'ordonnance du juge au bas de la requête, on assigne les parens

pour s'assembler aux fins de délibérer, et l'on dresse procès-verbal de leurs avis.

Après ces préliminaires, le juge fait d'office une information des vie et mœurs de celui contre qui l'on procède; et cette information est jointe ensuite à l'avis de parens.

Lorsqu'il s'agit d'interdire un furieux ou un insensé, on doit l'amener devant le juge pour être interrogé; et dans le cas où il ne peut être transporté, le juge doit aller lui-même à l'endroit où il est.

Il n'est pas nécessaire d'interroger le prodigue : les preuves alors ne doivent point se trouver dans sa personne, mais plutôt dans les aliénations qu'il a pu faire, dans les dettes qu'il a pu contracter, et qui doivent être constantes, indépendamment de son aveu ou de sa dénégation.

Cet interrogatoire serait cependant d'un bon usage à l'égard du prodigue, parceque les emprunts, les aliénations en général ne sont pas, à beaucoup près, toujours une preuve de prodigalité; il paraîtrait aussi essentiel que celui des personnes en démence, dont les actions ont un caractère plus marqué que celles du prodigue.

[[Le code civil ne prescrit pas non plus la nécessité d'interroger un prodigue, lorsqu'il s'agit de lui nommer un conseil.]]

L'interrogatoire de l'insensé peut être réitéré, et il est bon qu'il le soit lorsque la démence n'est que par intervalles.

L'interrogatoire doit être écrit par le greffier, et doit contenir, non-seulement les réponses de celui qui est interrogé, mais encore ses gestes, ses ris, sa contenance, et même ses regards. C'est surtout par cet interrogatoire qu'on doit l'apprécier.

Les interrogats roulent sur l'âge, les biens, les enfans, et en général sur l'état domestique de celui contre qui l'on procède.

Ce n'est qu'après ces formalités que le juge prononce l'Interdiction.

Tant que le juge ne les a pas remplies, il manque d'une partie des lumières qu'il aurait pu se procurer; cependant, quelle que soit la cause de l'Interdiction, l'interrogatoire n'est pas d'une nécessité absolue. Nombre d'Interdictions ont été confirmées sur l'appel, quoique prononcées sans ce préliminaire, dont on ne peut d'ailleurs méconnaître l'importance.

L'auteur de la *Collection des décisions nouvelles* en cite trois : le premier de 1721, rendu sur les conclusions de M. de Lamoignon; le second du mois de mai 1731; le troisième du parlement de Rouen. Celui-ci, qui a été rendu en 1751, en forme de règlement, prononce l'Interdiction de la dame Deu, pour dissipation, quoiqu'elle n'eût pas été entendue.

Dans celui de Marie-Brigitte Dauge (dont il est encore parlé ci-après, §. 6, nº. 9), il s'agissait d'une Interdiction pour démence.

[[II. Voici comment le Code civil règle les formalités nécessaires pour parvenir à une Interdiction pour imbécillité, démence ou fureur.

« Art. 492. Toute demande en Interdiction sera portée devant le tribunal de première instance.

» 493. Les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivront l'Interdiction, présenteront les témoins et les pièces.

» 494. Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé à la sect. 4 du chap. 2 du titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, donne son avis sur l'état de la personne dont l'Interdiction est demandée.

» 495. Ceux qui auront provoqué l'Interdiction, ne pourront faire partie du conseil de famille; cependant l'époux, ou l'épouse, et les enfans de la personne dont l'Interdiction sera provoquée, pourront y être admis sans y avoir voix délibérative.

» 496. Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil : s'il ne peut s'y présenter, il sera interrogé dans sa demeure, par l'un des juges, à ce commis, assisté du greffier. Dans tous les cas, le procureur du roi sera présent à l'interrogatoire.

» 497. Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire, pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur.

» 498. Le jugement, sur une demande en Interdiction, ne pourra être rendu qu'à l'audience publique, les parties entendues ou appelées.

» 500. En cas d'appel du jugement rendu en première instance, le tribunal d'appel pourra, s'il le juge nécessaire, interroger de nouveau, ou faire interroger par un commissaire, la personne dont l'Interdiction est demandée ».

A ces dispositions, le Code de procédure civile ajoute les suivantes :

« Art. 890. Dans toute poursuite d'Interdiction, les faits d'imbécillité, de démence ou de fureur, seront énoncés en la requête présentée au président du tribunal; on y join-

dra les pièces justificatives, et l'on indiquera les témoins.

» 891. Le président du tribunal ordonnera la communication de la requête au ministère public, et commettra un juge pour faire rapport à jour indiqué.

» 892. Sur le rapport du juge et les conclusions du procureur du roi, le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé par le Code civil, sect. 4 du chap. 2, au titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation*, donnera son avis sur l'état de la personne dont l'Interdiction est demandée.

» 893. La requête et l'avis du conseil de famille seront signifiés au défendeur avant qu'il soit procédé à son interrogatoire.

» Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisans, et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête, qui se fera en la forme ordinaire.

» Il pourra ordonner, si les circonstances l'exigent, que l'enquête sera faite hors de la présence du défendeur; mais, dans ce cas, son conseil pourra le représenter.

» 894. L'appel interjeté par celui dont l'Interdiction aura été prononcée, sera dirigé contre le provoquant.

» L'appel interjeté par le provoquant, ou par un des membres de l'assemblée, le sera contre celui dont l'Interdiction aura été provoquée. En cas de nomination de conseil, l'appel de celui auquel il aura été donné, sera dirigé contre le provoquant ».]]

III. Quelquefois l'Interdiction est volontaire, c'est-à-dire, qu'elle est prononcée sur la demande de l'interdit.

[[Le Code civil ne dit rien de semblable; et il paraît résulter des art. 490 et 491, que le ministère public lui-même ne pourrait, en prenant pour dénonciation la demande que ferait un particulier de sa propre Interdiction, agir d'office à l'effet de la faire prononcer, à moins que ce ne fût pour cause de fureur, ou que, dans le cas d'imbécillité ou de démence, celui qui s'annoncerait comme devant être interdit, n'eût, ni époux, ni épouse, ni parens connus.

Ce qui me confirme singulièrement dans cette opinion, c'est que, dans le projet du Code civil, qui a été soumis aux observations des cours d'appel, il y avait un chapitre intitulé *du Conseil volontaire*, d'après lequel un individu pouvait demander qu'il lui fût nommé un conseil judiciaire, et que ce chapitre ne se retrouve pas dans le Code (1).]]

§. IV. *De ceux de qui on peut provoquer l'Interdiction, et à qui cette action est accordée.*

I. L'Interdiction étant un remède extraordinaire et qui porte atteinte à la réputation de celui contre lequel on l'emploie, ne doit point être admise sans nécessité. C'est une observation que nous avons déjà faite.

Ainsi, on ne doit point la provoquer contre un mineur, la tutelle à laquelle il est soumis produisant les mêmes effets que l'Interdiction.

De même, un homme dont tous les biens ou la majeure partie seraient substitués, serait à l'abri de cette action.

Il y a cependant eu au Palais, en 1779, la cause d'un particulier que le lieutenant civil du châtelet avait interdit, pour cause de prodigalité et de faiblesse d'esprit, quoiqu'il eût 30,000 livres de biens qui lui avaient été laissés par sa mère avec charge de substitution. Ses biens libres étaient d'à peu près autant. Sur l'appel, il y a eu un arrêt d'accord, par lequel l'interdit a consenti à son Interdiction, pour éviter l'éclat de la plaidoirie, et cela pour deux ans seulement.

Ainsi, la cour admet des Interdictions à temps.

Les moyens de l'appelant étaient qu'on ne devait pas craindre qu'il fût réduit *ad inopiam;* que les volontés de ses collatéraux ne pouvaient prévaloir sur celles de sa mère; que la prévoyance de sa mère s'était manifestée d'une manière suffisante; que les 30,000 livres qu'elle lui avait assurées, lui permettraient toujours de vivre d'une manière conforme à sa naissance et à l'état actuel de ceux de ses parens qui provoquaient son Interdiction. L'un des principaux parens les plus intéressés avait une fortune assez considérable; mais en ces sortes de cas, c'est à l'état et non à la fortune qu'on s'attache : encore est-ce l'état et la naissance de l'interdit qu'il faut considérer, et non l'état et la naissance de ceux qui provoquent l'Interdiction.

Les moyens des intimés résultaient d'un seul fait principal, du mariage que l'interdit avait voulu contracter avec une fille publique qui avait quitté son propre nom, et qui était connue pour avoir eu plusieurs enfans avec

(1) C'est ainsi, au surplus que la question a été jugée quelque temps après la rédaction de ce qu'on vient de lire, par un arrêt de la cour de cassation que l'on trouvera sous le mot *Prodigue*, §. 8.

d'autres particuliers, ce qu'elle n'avait pas craint d'avouer dans un mémoire qu'elle avait publié; il l'avait avantagée de tous ses biens libres et même au-delà, son contrat de mariage portant quittance de 30,000 livres de dot, et lui ayant fait une donation particulière de 6000 livres.

Les parens (ajoutaient les intimés) ont donc en leur faveur la honte d'une semblable alliance; les sœurs, qui sont de ce nombre, sont dames de charité. Comment voir sur la même ligne, avec elles, une femme qui avait quitté son nom pour échapper à la honte de ses désordres, et réduite à faire l'aveu public de ses prostitutions? Ils ont encore le désagrément de voir passer en de semblables mains une partie considérable des biens de l'appelant. Ils lui reprochaient encore des absences d'esprit. On doit craindre d'affaiblir les principes sur lesquels reposent la liberté et la propriété : il vaut mieux s'exposer à leur faire quelque sacrifice, que de risquer de les sacrifier entièrement eux-mêmes.

[[Abstraction faite des circonstances qui, dans cette affaire, pouvaient mettre le grevé de fidéicommis à couvert de l'Interdiction, il est certain qu'aujourd'hui, celui dont tous les biens sont substitués (dans les cas où ils peuvent encore l'être, et qu'on expliquera à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14), peut, ni plus ni moins que tout autre, être interdit pour imbécillité, démence ou fureur. Rien n'empêcherait même qu'on ne lui donnât un conseil pour cause de prodigalité, sinon à l'effet de transiger, d'aliéner, d'hypothéquer, du moins à l'effet de le mettre dans l'impuissance d'emprunter, de plaider et de recevoir des capitaux mobiliers.]]

II. Peut-on interdire une femme mariée?

Cette question s'est présentée en 1785, au parlement de Paris.

Le sieur Baudon, fermier général, avait épousé, en 1746, la demoiselle de Ligneville, née comtesse du Saint-Empire, mais sans fortune; et il avait payé, par une donation de 600,000 livres, à la future et aux siens en toute propriété, l'honneur de cette alliance.

En 1765, s'étant aperçu que son épouse était sujette à des manies, à des excès de fureur qui faisaient craindre qu'elle n'attentât à ses jours, il crut devoir prendre la précaution de la faire interdire et de la faire garder à vue dans une maison particulière.

La procédure, pour y parvenir, a été faite à la requête, poursuite et diligence du mari, et l'Interdiction a été prononcée par une sentence du Châtelet, rendue en 1767.

La dame Baudon est restée tranquille dans cet état, et sans se plaindre, jusqu'en 1784, qu'ayant perdu son mari, elle a conçu le projet de se faire relever : elle a interjeté appel de la sentence et a soutenu 1°. que son Interdiction était nulle, pour avoir été provoquée par son mari seul; ce remède, disait-elle, est odieux dans la main d'un mari qui a dans son autorité des moyens suffisans pour opérer les mêmes effets, soit que l'Interdiction soit motivée pour cause de prodigalité, ou qu'elle le soit pour cause de démence. Par exemple, la nullité légale des engagemens souscrits par une femme en puissance de mari, remédie au premier inconvénient; et l'autorité qu'il a pour faire enfermer sa femme, lorsqu'elle est folle, remédie au second.

La dame Baudon a soutenu, en second lieu, que l'Interdiction était injuste et mal fondée, et a donné pour preuve les réponses aux interrogatoires qu'elle avait subis en 1765 et en 1784, réponses, disait-elle, où l'on ne peut trouver aucun symptôme de la démence dont on m'accuse.

Les parens de la dame Baudon qui avaient été nommés curateurs à son Interdiction, ont défendu à cet appel, et soutenu le bien jugé de la sentence. Ils ont établi que le mari est recevable à provoquer l'Interdiction de sa femme pour cause de démence et de fureur, parcequ'il ne peut avoir continuellement sous ses yeux le spectacle d'une femme dont l'esprit est sujet à des accès de fureur et de manie qui ne donnent aucune espérance de guérison; que le public blâmerait même un mari des voies d'autorité qu'il emploierait pour tenir sa femme enfermée, parti néanmoins indispensable en pareil cas, si l'état de démence n'avait été préalablement constaté par la procédure tendante à l'Interdiction. Ils ont aussi soutenu que des réponses sages à un interrogatoire, ne sont pas toujours la preuve de la santé de l'esprit et de la raison, parcequ'il n'est pas rare que les fous aient des intervalles lucides; mais qu'une suite d'actions peu sensées, l'incohérence des raisonnemens dans la conversation journalière, l'extérieur, la contenance et l'habillement de la personne, donnent quelquefois des indices beaucoup plus sûrs de la faiblesse de l'esprit, et que ces indices sont suffisans pour déterminer le juge.

Les conclusions de M. l'avocat général Lepelletier de Saint-Fargeau tendaient à ce qu'avant faire droit, la dame Baudon fût de nouveau interrogée par un commissaire du parlement, et visitée par des médecins, pour donner leur avis sur son état, afin d'être ensuite statué ce que de raison.

Mais par arrêt du 9 mars 1785, la sentence d'Interdiction a été confirmée.

Cette décision est implicitement érigée en loi par les art. 490 et 506 du Code civil. *V.* ci-après, §. 4, n°. 6; §. 5, n°. 2 et l'article *Autorisation maritale*, sect. 1, n°. 18 *bis*.]]

III. On ne peut, à la faveur de l'Interdiction, prévenir les punitions de la loi, et y soustraire des particuliers. Un arrêt du 16 février 1626 a déclaré nulle celle que des parens avaient provoquée contre un jeune homme pour friponnerie.

IV. Tout parent est admis à provoquer l'Interdiction de son parent prodigue, furieux ou imbécille.

[On a soutenu au parlement de Paris en 1773, pour la dame B....., que des enfans n'avaient pas le droit de poursuivre l'Interdiction de leur mère, par la raison que c'était une injure.

C'était visiblement méconnaître les vrais principes. L'Interdiction n'est point une injure, c'est une sorte de tutelle forcée, sous laquelle la loi fait rentrer le citoyen dont la raison est retombée dans la minorité, et qui, dans l'âge mûr, se conduit et s'égare comme l'aveugle adolescent. Il faut sans doute des faits graves et bien prouvés pour dépouiller un citoyen de l'administration de sa fortune et d'une partie de son existence civile : mais c'est une précaution sage et nécessaire de la loi, pour sauver l'homme de ses fureurs et de sa propre faiblesse, quand sa raison l'abandonne. La loi ne prétend point le punir, mais plutôt le protéger, et prévenir l'abus qu'il pourrait faire de ses biens ou de sa personne.

Un enfant surtout doit être admis à provoquer ce remède. Il est dans le vœu de la nature et de la loi, que le bien de son père et de sa mère passe dans ses mains : il partage de plus près le déshonneur et les inconvéniens de leur inconduite; et c'est encore sur lui que la nature et les lois font peser la charge d'alimenter la vieillesse de ses parens, lors que ceux-ci viennent à tomber dans l'indigence. Il est donc juste de lui permettre une sorte d'inspection sur leur conduite, et la faculté de se plaindre de leurs dissipations, puisqu'il a un intérêt naturel et légitime à la conservation de leur fortune.

L'action des enfans n'a donc par elle-même rien de défavorable ni d'odieux : elle ne peut le devenir que dans le cas où, sans preuve et sans motifs, ils auraient poursuivi l'Interdiction de leur père ou de leur mère, et donné le spectacle d'une contestation affligeante, qui devient un scandale, dès qu'elle n'est pas une nécessité. C'est par les faits qu'il faut en juger.

Aussi, par arrêt du 3 août 1773, le parlement de Paris n'a-t-il pas déclaré les enfans de la dame B..... *non-recevables* à requérir l'Interdiction de leur mère; mais parcequ'il n'y avait pas de preuves suffisantes du dérangement qu'ils lui reprochaient, il s'est borné à lui nommer un conseil, ce qui supposait clairement que ses enfans avaient eu qualité pour agir.

On trouvera à l'article *Prodigue*, un arrêt du parlement de Flandre qui préjuge la même chose.

A l'égard des parens collatéraux, on a prétendu autrefois qu'ils ne devaient pas être admis à provoquer l'Interdiction, parceque le motif de leur action est suspect, qu'elle a plutôt pour principe l'envie de s'emparer d'avance de la fortune de leur parent, qu'un intérêt généreux pour son sort, et qu'il n'y a point pour lui d'obligation civile de leur transmettre son patrimoine. En un mot, on prétendait qu'ils étaient non-recevables, par cela seul qu'ils ne pouvaient intenter la querelle d'inofficiosité contre le testament d'un défunt; et l'on citait à ce sujet l'autorité de Legrand sur l'art. 95 de la coutume de Troyes, ainsi que l'arrêt de la dame de Montbrun, du 2 août 1600, rapporté par ce commentateur.

Mais Legrand lui-même nous dit que les collatéraux qui reprochaient à la dame de Montbrun de s'être *gouvernée impudiquement*, d'avoir dissipé une grande partie de son bien, n'étaient pas même parens au sixième degré, et qu'ils n'avaient reconnu la dame de Montbrun pour parente, que depuis l'ouverture d'une succession. Dans cette espèce, indépendamment des moyens de droit, les collatéraux, parens éloignés, et si long-temps injustes envers la dame de Montbrun, étaient trop défavorables pour être écoutés.

D'ailleurs, cet arrêt ne porte que sur le cas de prodigalité, et il n'est pas possible de concevoir comment on pourrait en étendre la décision au cas de démence ou de fureur. A quoi en effet servirait alors la fin de non-recevoir? La demande en Interdiction, nous l'avons déjà dit, n'est point une accusation ni une injure : la démence, l'imbécillité est une affliction, une infirmité qui ne déshonore point; l'Interdiction n'est point une peine, c'est un remède auquel la nécessité oblige de recourir, et qui ne dure qu'autant qu'il est jugé nécessaire : comme la perte de la raison

en est le motif, le magistrat, quand le retour de la raison est bien constaté, rend à l'interdit sa liberté civile et l'administration de ses biens. La famille étant intéressée à faire cesser des désordres dont la publicité et la gravité peuvent la compromettre, comment pourrait-on douter qu'elle eût une action?

Elle en a tellement une, et il est si constant que l'Interdiction peut être demandée par les héritiers présomptifs en ligne collatérale, que c'est sur le fondement du droit qui réside dans leurs mains, qu'on les a quelquefois déclarés non-recevables à attaquer le testament que leur parent avait fait à leur préjudice, par la seule raison qu'ils n'avaient point fait interdire le testateur. Lorsqu'un homme, a-t-on dit, est mort en possession de son état, la preuve de sa démence ne peut être admise qu'avec beaucoup de difficulté: on doit toujours présumer en faveur de sa raison: il est d'un si grand intérêt pour une famille d'ôter la faculté de disposer à celui qui, par l'égarement de son esprit, ne peut qu'en abuser, qu'on ne peut que regarder comme une espèce de témoignage de l'intégrité de ses facultés intellectuelles, le silence de tous ses parens qui l'ont laissé en possession de son état: et lorsqu'ils veulent faire anéantir les dernières volontés du défunt qui leur sont défavorables, on doit leur dire: *serò accusas eum cujus moves probasti* (1).

Au reste, dans le cas même de prodigalité, on ne doute plus aujourd'hui que les collatéraux n'aient le droit de faire prononcer l'Interdiction de leur parent. C'est ce qu'attestent Lebrun, *Traité des Successions*, liv. 2, chap. 3, §. 2, n°. 26, et Rousseaud de Lacombe, dans son *Recueil de Jurisprudence civile*, au mot *Interdiction*, n°. 5. La raison en est qu'il dépend toujours du juge d'apprécier le fondement de leur poursuite, et que le jugement ne se prononce que sur des faits et des preuves bien constatés. Qu'importe que leur démarche soit suspecte au premier abord? L'événement la justifie et la légitime.]

Il est vrai néanmoins que ceux qui doivent hériter de celui qu'il s'agit d'interdire, sont moins favorablement écoutés que ceux dont il hérite lui-même. Ainsi, cette action en général serait mieux reçue de la part d'un oncle, d'un père, que de celle d'un fils, d'un frère ou d'un neveu.

V. Tout autre qu'un parent est non-recevable. Les devoirs de l'amitié, en ce cas, se bornent à avertir le ministère public de l'état de celui qu'on croit être incapable de se conduire et d'administrer ses biens.

Un arrêt du 3 septembre 1763, rendu par la grand'chambre du parlement de Paris, sur les conclusions de M. Séguier, a consacré particulièrement cette jurisprudence.

Il en a cependant été rendu un le même jour, confirmatif d'une sentence du Châtelet, qui interdisait une femme, séparée de biens, sur la poursuite d'un étranger; mais cet arrêt ne peut prévaloir contre le principe, ayant été rendu dans des circonstances absolument particulières.

[M. Séguier, sur les conclusions duquel cet arrêt fut aussi rendu, observa que, dans la règle, les seuls parens peuvent provoquer l'Interdiction de quelqu'un, et que des amis peuvent seulement avertir le ministère public de l'état de ceux qui sont dans le cas d'être interdits; il prit, en conséquence, la demande de cet étranger pour une dénonciation, et trouvant évidentes les preuves du dérangement reproché à la femme, il conclud à ce qu'elle demeurât interdite; ce qui fut ainsi prononcé.

Il résulte de là que le ministère public est recevable à requérir l'Interdiction.

Aussi a-t-on vu depuis la princesse de Nassau interdite, sur la seule requête de M. le procureur général, par arrêt de la troisième chambre des enquêtes du parlement de Paris.

Long-temps auparavant, on avait jugé la même chose en Bretagne. Nous trouvons dans le recueil des commentaires sur la coutume de cette province, publié par Poulain du Parcq, tome 3, page 431, un arrêt du parlement de Rennes, du 14 octobre 1608, qui « confirme une Interdiction jugée à la pour-» suite du procureur d'office de Dol, contre » un nommé Nogue, à cause que l'on soute-» nait que sa femme était aussi prodigue que » lui, et que leurs enfans étaient en bas » âge ».]

VI. La femme est admise à provoquer l'Interdiction de son mari: mais alors elle doit, avant tout, se faire autoriser par justice: c'est une des dispositions de l'arrêt de la dame de Menars. Cela fut ordonné sur les conclusions de MM. les gens du roi, conformément à l'art. 224 de la coutume de Paris.

[[Le Code civil confirme, avec quelques modifications, toutes les règles que l'ancienne jurisprudence avait établies sur cette matière. Voici ses termes:

« Art. 490. Tout parent est recevable à

[[(1) *V.* l'article *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, n°. 2.]]

provoquer l'Interdiction de son parent. Il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre.

» 491. Dans le cas de fureur, si l'Interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parens, elle doit l'être par le procureur du roi, qui, dans le cas d'imbécillité ou de démence, peut aussi la provoquer contre un individu qui n'a ni époux, ni épouse, ni parens connus ».

Le droit que le premier de ces articles donne à l'un des époux de provoquer l'Interdiction de l'autre, cesse nécessairement avec la qualité dont il dérive. Si donc, pendant l'instance en Interdiction, le mariage vient à être dissous par le divorce (dans les pays régis par notre Code civil, qui ne sont pas soumis à la loi du 8 mai 1816), le ci-devant époux qui a provoqué l'Interdiction de l'autre, doit être déclaré non-recevable à suivre l'effet de sa demande.

En frimaire an 6, Rose Hurard forme, contre Julien-François Corbin, son mari, une demande en divorce pour incompatibilité d'humeurs et de caractères. Le sieur Corbin, de son côté, provoque l'Interdiction de son épouse, pour cause de démence et de fureur.

Le 28 pluviôse an 8, jugement du tribunal civil du département de la Seine-Inférieure, qui, statuant sur la demande en Interdiction, déclare qu'il n'y a pas lieu d'interdire la dame Corbin. Appel; et le 4 pluviôse an 9, arrêt de la cour de Rouen qui confirme ce jugement, et néanmoins nomme à la dame Corbin un conseil, sans l'avis duquel elle ne pourra ni aliéner ni hypothéquer ses biens.

Le 13 ventôse an 10, la dame Corbin obtient un jugement en dernier ressort, qui l'autorise à faire prononcer son divorce; et elle le fait effectivement prononcer peu de jours après.

Le 11 messidor de la même année, l'arrêt de la cour d'appel de Rouen, du 4 pluviôse an 10, est cassé, et le fond de la demande en Interdiction est renvoyé à la cour d'appel de Paris. Le sieur Corbin se présente devant cette cour, et y reprend l'instance en Interdiction. Rose Hurard soutient qu'il n'a plus de qualité pour la faire interdire.

Par arrêt du 25 frimaire an 11,

« Attendu que, par l'effet du divorce intervenu et régulièrement prononcé depuis le jugement dont est appel, les parties sont devenues étrangères l'une à l'autre, et que, par conséquent, Corbin est sans qualité pour poursuivre l'action en Interdiction;

» La cour (d'appel de Paris) déclare Corbin non-recevable.... ».

Le sieur Corbin se pourvoit en cassation, et soutient 1°. que la cour d'appel a violé l'art. 7 de la loi du 3 brumaire an 2, en statuant sur une fin de non-recevoir qui n'avait été ni pu être proposée devant les premiers juges; 2°. qu'elle a pareillement violé l'art. 5 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667, qui veut que les fins de non-recevoir soient proposées *in limine litis;* 3°. qu'elle a enfin contrevenu à la loi du 3 septembre 1792 sur le divorce, et aux dispositions de la coutume de Normandie sur l'Interdiction; et voici comment il développe ce troisième moyen :

« L'art. 8 du §. 3 de la loi du 20 septembre 1792 accorde, dans tous les cas de divorce, une pension alimentaire à l'époux divorcé qui se trouve dans le besoin; et l'art. 5 du §. 4 de cette loi oblige les époux divorcés à contribuer aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfans, en proportion des facultés et revenus réels et industriels de chacun d'eux. L'intérêt, qui est la mesure des actions, rend donc les époux divorcés respectivement recevables à provoquer leur Interdiction, surtout lorsque, comme dans l'espèce, il existe des enfans de leur union.

» En effet, le titre de père ou de mère donne nécessairement à l'un des époux divorcés un droit de surveillance sur la conduite de l'autre, et lui impose même l'obligation de veiller à la conservation des biens qui, dans l'ordre naturel et civil, sont destinés à passer à leurs enfans : les époux divorcés sont eux-mêmes essentiellement intéressés à cette conservation, puisque si l'un dissipe ses biens, s'il tombe dans l'indigence, l'autre est tenu de lui fournir une pension, et doit supporter seul les frais d'entretien et d'éducation des enfans communs. L'un des époux divorcés est donc autorisé à prendre les mesures nécessaires pour arrêter l'effet de la prodigalité ou de la démence de l'autre; il a par conséquent qualité pour poursuivre son Interdiction.

» Le tribunal d'appel de Paris a décidé le contraire; il a rejeté la demande en Interdiction par une fin de non-recevoir fondée sur la circonstance du divorce prononcé depuis le jugement de première instance. Ce tribunal a par-là excédé son pouvoir et violé la loi du 20 septembre 1792; il a même contrevenu aux art. 150 et 151 de la coutume de Normandie, qui régit les parties; articles qui, en obligeant les parens et même *les voisins à mettre en sûre garde* ceux qui sont *troublés d'entendement,* les autorisent implicitement à provoquer leur Interdiction ».

Par arrêt du 24 vendémiaire an 12, au rapport de M. Boyer,

« Attendu que le divorce prononcé entre le citoyen Corbin et la demoiselle Hurard, le 13 ventôse an 10, pendant le cours de l'instance en Interdiction formée contre cette dernière par le citoyen Corbin, a fait cesser *ipso jure* la qualité dans laquelle celui-ci avait pu intenter cette action; que ce divorce a rendu le citoyen Corbin et la demoiselle Hurard entièrement étrangers l'un à l'autre; que cette circonstance étant survenue avant le jugement de la demande en Interdiction, a rendu le citoyen Corbin non-recevable a la poursuivre;

» Et, qu'en le décidant ainsi, les juges d'appel de Paris n'ont violé ni la loi du 3 brumaire an 2, ni l'art. 3 du tit. 5 de l'ordonnance de 1667, ni les principes sur la non rétroactivité des actes, parcequ'aucune loi ne défend aux juges d'avoir égard en tout état de cause à des exceptions péremptoires nées pendant le cours de l'instance, et dont l'effet est d'anéantir le titre de l'action, ou de changer la qualité réciproque des parties;

» Que le jugement attaqué ne contient d'ailleurs aucune contravention à la loi du 20 septembre 1792 sur le divorce, ni aux articles cités de la coutume de Normandie, parcequ'aucune disposition de ces lois ne donne à un époux divorcé le droit d'exercer envers l'autre époux une action qui tend à priver celui-ci de l'exercice de ses droits civils, et dont l'effet peut même aller jusqu'à la privation de sa liberté individuelle;

» Par ces motifs, le tribunal rejette le pourvoi..... ».]]

§. V. *De ceux qui peuvent être nommés curateurs à l'Interdiction,* [[*de l'époque où ils peuvent être nommés*]], *et de leur pouvoir.*

I. On suit, pour la curatelle des Interdits, la même règle que pour les tutelles : cette charge suit le sang, et se donne à celui qui est le plus intéressé à la conservation des biens.

Les lois romaines déféraient au fils la curatelle de la mère furieuse ou en démence : mais à l'égard de la curatelle du père, on ne la déférait au fils qu'avec cette restriction : *si tàm probus sit, filius, si sobriè vivat, patri curatorem dandum magis quàm extraneum.*

Il semble que cette condition devait être également requise, lorsqu'il s'agissait de l'état de la mère. Les lois romaines pouvaient-elles abandonner une femme aux inconséquences de son fils, connu pour avoir de mauvaises mœurs ?

Ce furent l'empereur Pius et ses frères qui les premiers admirent le fils à cette charge, non comme une chose qu'il pût demander de son chef, et comme dépendante de son autorité sur son père, mais seulement comme un devoir qu'il devait remplir, comme une protection que son père devait attendre de lui.

Le mari, est de droit, curateur de sa femme interdite : son incapacité serait un titre de plus pour la soumettre à sa puissance, et n'en peut être un pour l'en affranchir.

Bourjon prétend que la femme ne peut avoir la curatelle de son mari; mais en cela il a peu de partisans. Ce serait, dit-il, renverser l'ordre naturel que de mettre un mari sous la dépendance de sa femme, et contrarier ouvertement la loi. Il n'admet qu'une exception, pour le cas où il s'agit de la femme instruite de son commerce.

En général, on peut reprocher à cet auteur de manquer de critique; souvent les mêmes règles lui servent à décider pour et contre. Il convient qu'un fils peut être nommé curateur à l'Interdiction de son père, et cela, parceque ses soins peuvent s'augmenter par l'état de son père, et que la nature conduit à ce devoir, loin d'y résister. Ces mêmes motifs ne militent-ils pas plus encore en faveur de la femme qu'en faveur du fils? Et quant à la violence faite à la nature de soumettre le mari à la femme, n'est-elle pas plus marquée lorsqu'on soumet le père au fils? Il est incontestable qu'il y a infiniment plus d'égalité entre une femme et un mari, qu'entre un fils et un père. Aussi le parlement de Paris n'a-t-il eu aucun égard à la distinction imaginée par cet auteur. L'arrêt du 17 avril 1734 nomme la dame de Menars curatrice à son mari interdit.

On peut seulement poser pour principe, que rien n'oblige le juge de nommer la femme de préférence à tout autre parent : mais s'il a fait ce choix, il faut des motifs pour prétendre le faire réformer.

Elle n'est point curatrice de droit commun : mais elle peut l'être par une juste exception.

Dans ces deux cas, ce n'est point une autorité que donne la loi : c'est un devoir qu'elle impose au fils et à la femme, et cela par une juste présomption de leur amour envers l'interdit.

Le fils a de plus que la femme le respect qu'inspire la paternité; et la femme a de plus que le fils les intérêts de son mari, qui sont les siens propres, et un amour plus vif et plus soutenu : une multitude de passions altèrent ce sentiment dans le cœur du fils.

En pays de droit écrit, où l'on a conservé une image de la tutelle testamentaire, le père peut la déférer à son fils furieux ou imbécille; mais celui-ci n'en prend l'administration qu'après que sa fureur ou sa démence a cessé : *Furiosus tutor testamento datus, tutor tunc erit, cùm compos mentis fuerit.* §. 11, Inst. *qui testamento tutores dari possunt.* Loi 11, D. *de tutelis.*

On nomme au pupille un curateur qui gère jusqu'à ce que la maladie ait cessé.

Si, d'après cette législation, la démence survient postérieurement à la nomination à une tutelle quelconque, elle décharge de la tutelle; mais si elle cesse, le nommé reprend l'administration; et si l'on prévoit ce retour de la raison, on se contente de donner un curateur au pupille.

Le corps de droit ne renferme aucun texte qui exclue nommément le prodigue de la tutelle; mais cette question ne peut être agitée. On ne peut administrer les biens d'autrui, lorsqu'on ne peut administrer les siens propres : *cùm incivile sit eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et aliis reguntur, aliorum tutelam subire.*

[[II. Voici ce que règle, sur tout cela, le Code civil :

« Art. 505. S'il n'y a pas d'appel du jugement d'Interdiction rendu en première instance, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé-tuteur à l'interdit, suivant les règles prescrites au titre *de la minorité, de la tutelle ou de l'émancipation.* L'administrateur provisoire cessera ses fonctions, et rendra compte au tuteur, s'il ne l'est pas lui-même.

» 506. Le mari est de droit le tuteur de sa femme interdite.

» 507. La femme pourra être nommée tutrice de son mari. En ce cas, le conseil de famille règlera la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par l'arrêté de la famille.

» 508. Nul, à l'exception des époux, des ascendans et descendans, ne sera tenu de conserver la tutelle d'un interdit au-delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement ».

III. On voit, par le premier de ces articles, qu'il ne peut être procédé à la nomination d'un tuteur à l'interdit, qu'à défaut d'appel du jugement d'Interdiction, et dans le cas où il en a été appelé, qu'après qu'il a été confirmé par le juge supérieur. De là il suit nécessairement que la nomination du tuteur est nulle, si elle a été faite avant la signification du jugement, puisque le délai pour l'appel ne commence à courir que du jour de cette signification.

Le 25 prairial an 12, jugement du tribunal civil de Cognac qui, sur la demande du sieur Dasnière père, interdit le sieur Dasnière fils.

Le lendemain, l'épouse du sieur Dasnière fils obtient une ordonnance qui l'autorise à convoquer un conseil de famille, pour faire nommer à son mari un tuteur et un subrogé-tuteur.

Le 27 du même mois, cédule du juge de paix en vertu de laquelle la dame Dasnière cite devant lui les parens qui doivent composer ce conseil.

Le 20 messidor suivant, le conseil de famille, assemblé sous la présidence du juge de paix, nomme la dame Dasnière tutrice de son mari, et défère à l'un de ses membres la qualité de subrogé-tuteur.

Le sieur Dasnière père se pourvoit en nullité de la convocation du conseil de famille, de la nomination de la tutrice et de celle du subrogé-tuteur.

Par jugement du 24 messidor an 13, le tribunal civil de Cognac annulle le tout,

« Attendu 1°. que l'ordonnance du 26 prairial an 12, qui a autorisé la dame Dasnière à convoquer un conseil de famille, a été rendu irrégulièrement;

» 2°. Qu'en provoquant la réunion de ce conseil dans la huitaine du jour où l'Interdiction avait été prononcée, la dame Dasnière a violé l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, qui ne permet de poursuivre l'exécution des jugemens non exécutoires par provision, que huitaine après leur prononciation ».

La dame Dasnière appelle de ce jugement.

Le 14 avril 1806, arrêt de la cour de Bordeaux qui met l'appellation au néant.

La dame Dasnière se pourvoit en cassation, et soutient,

1°. Que, d'après l'art. 406 du Code civil, elle a pu convoquer un conseil de famille, sans en avoir obtenu l'autorisation du tribunal; que, dès-là, l'ordonnance du 26 prairial an 12 était surabondante, et que conséquemment on n'a pas dû s'arrêter aux vices qu'elle pouvait renfermer;

2°. Que le conseil de famille n'ayant procédé à sa nomination que le 20 messidor, et conséquemment plus de huit jours après le jugement d'Interdiction, l'exécution de ce jugement n'était pas prématurée; qu'à la vérité, les actes préparatoires de la nomi-

nation avaient été faits dans la huitaine; mais que le tribunal de première instance et la cour d'appel ont mal-à-propos étendu jusqu'à la nomination elle-même, c'est-à-dire, jusqu'à l'acte constitutif de l'exécution du jugement, la nullité des actes qui n'avaient fait que la préparer;

3°. Qu'après tout, le sieur Dasnière père n'avait aucune qualité pour provoquer l'annulation des opérations du conseil de famille; qu'aux termes des art. 501 et 505 du Code civil, l'interdit peut seul appeler du jugement d'Interdiction; qu'il peut donc seul aussi se plaindre de l'exécution que ce jugement a reçue; qu'aucune disposition du Code ne rend cette faculté commune au père; que celui-ci est assimilé aux autres parens de l'interdit; qu'il peut bien provoquer l'Interdiction de son fils, mais que les autres parens partagent avec lui cette faculté; qu'il peut bien être nommé tuteur de son fils interdit, mais qu'il ne l'est pas de droit, comme en cas de minorité; que l'art. 883 du Code de procédure civile permet bien aux membres du conseil de famille d'attaquer les délibérations qui y ont été prises, mais qu'en le leur permettant, et en ne le permettant qu'à eux, et surtout en ne le leur permettant que dans le cas où ils ont émis un avis contraire et l'ont fait consigner au procès-verbal, il est censé le défendre à ceux qui n'ont pas été membres de ce conseil, et à plus forte raison à ceux qui n'ont pas pu l'être; que, dans l'espèce, le sieur Dasnière père était, comme provocateur de l'Interdiction de son fils, exclu par l'art. 495 du Code civil, du conseil de famille dont il s'agit; qu'ainsi, il est sans qualité pour en critiquer les opérations.

Le sieur Dasnière père répond,

1°. Qu'il résulte de l'art. 505 du Code civil, que l'appel du jugement d'Interdiction est suspensif de toute opération tendante à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé-tuteur; qu'on n'a donc pas pu provoquer cette nomination à une époque où, suivant l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, le jugement ne pouvait pas encore être frappé d'appel; que, quand même à cette époque, il se serait déjà écoulé plus de huit jours, le défaut de signification du jugement eût toujours été un obstacle à ce qu'on le mît à exécution; que tel était le vœu de l'ordonnance de 1667, tit. 27, comme de l'art. 147 du Code de procédure civile; que le conseil de famille n'a pas seulement été convoqué avant la signification du jugement d'Interdiction, mais qu'il s'est même formé et qu'il a délibéré avant que ce jugement fût signifié; qu'ainsi, même abstraction faite de la nullité de l'ordonnance du 26, et de la cédule de citation du 27 prairial an 12, la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur était nulle par elle-même, en ce qu'elle avait précédé la signification du jugement;

2°. Que le Code de procédure civile n'était pas encore en activité à l'époque de la demande formée par le sieur Dasnière père, en nullité de la délibération du conseil de famille; qu'on ne peut donc pas argumenter de l'art. 883 de ce Code pour contester au sieur Dasnière père une qualité suffisante pour former cette demande; qu'il n'y a d'ailleurs aucune apparence que, par l'article cité, le Code de procédure civile ait eu l'intention d'enlever à un père la faculté de se plaindre, soit du mauvais choix qu'aurait pu faire le conseil de famille, soit de la précipitation avec laquelle ce choix aurait été fait.

Par arrêt du 13 octobre 1807, au rapport de M. Zangiacomi, la cour, *consultis classibus*, a maintenu la disposition de l'arrêt attaqué qui annulait la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur, « attendu, en droit, » qu'on ne peut mettre à exécution un jugement de première instance qu'après qu'il » a été signifié à partie; en fait, qu'en nommant une tutrice à l'interdit Dasnière, on » a véritablement exécuté le jugement qui » prononçait son Interdiction, et qu'on l'a » exécuté avant qu'il eût été signifié à l'interdit: d'où il suit que la nomination de » la tutrice est irrégulière et nulle ».

III. Sous le Code civil, la tutelle des interdits, hors le cas déterminé par l'art. 506, est-elle toujours *dative?* peut-elle être *légitime* ou *testamentaire? V.* l'article *Tutelle*, sect. 2, §. 1, n°. 8.]]

IV. Quant au pouvoir des curateurs des interdits, il est le même que celui des tuteurs des mineurs; il s'étend à tous les objets de l'administration, et ne peut jamais s'étendre au delà. (M. Montigny.) *

* En Bretagne, par les art. 505 et 523 de la coutume, la femme doit être curatrice de son mari interdit, pourvu qu'elle soit *trouvée capable*, par l'avis des douze plus proches parens du mari, ou, à leur défaut, par l'avis de ses voisins ou amis, comme on l'observe pour les tutelles des mineurs, suivant l'édit du mois de décembre 1732, portant règlement pour les tutelles en Bretagne.

Si la femme est capable, on ne peut la priver de la curatelle; mais elle ne peut aussi la refuser. (Belordeau, *lettre F, Controv.* 27.)

Elle est exempte, comme les tuteurs et curateurs, de donner caution.

L'art. 523 de la coutume n'attribue à la femme curatrice de son mari, qu'un pouvoir de *gouvernement* et *d'administration;* elle est donc tenue de faire inventaire et de rendre compte. Sa seule qualité de *curatrice à la personne et aux biens* décide la question. Cependant il s'est répandu en Bretagne une opinion contraire; elle est, dit-on, *commune;* on la décore du nom de *jurisprudence;* on va même jusqu'à l'ériger en *maxime* (1).

Mais en examinant sur quoi elle est fondée, on trouve que cette prétendue maxime n'est qu'une erreur cachée sous le masque de la vérité, le fruit malfaisant de la routine et de l'irréflexion.

Le seul motif qu'on donne pour dispenser la femme curatrice d'inventaire et de compte, c'est qu'*elle administre son propre bien.* Cette raison est peu satisfaisante : car de deux choses l'une : ou la communauté subsiste malgré l'Interdiction, ou la femme se fait séparer de biens, comme elle en a le droit (2).

Au second cas, il est clair que la femme, en qualité de curatrice, ne gouverne de biens que ceux de son mari. Au premier qui est celui où l'objection devient spécieuse, elle se dissipe sans peine, puisqu'avant la séparation, la femme n'a qu'un droit *habituel* dans les effets de la communauté, une espérance d'en partager les profits, s'il s'en trouve. Quand elle aurait un droit *actuel* pour la moitié ce qui impliquerait avec l'hypothèse de la communauté subsistante, au moins la femme n'aurait-elle sur l'autre moitié que le droit de la gérer. Le pouvoir de simple administration des biens d'un insensé emporte naturellement l'obligation de faire inventaire et de rendre compte; la qualité de consort ou d'associé n'efface point celle de comptable, qui résulte de toute gestion pour autrui.

On cite un arrêt du 11 mai 1610, qui, suivant Belordeau (*Controv.* 32, *lettre F*), a dispensé d'inventaire une femme curatrice de son mari. Mais Devolant, qui rapporte le même arrêt, lettre C, chap. 7, dit seulement que cet arrêt avait jugé que la femme n'était pas tenue de donner caution. Ainsi, décision incertaine, telle qu'elle est présentée par Belordeau; décision solitaire qui répugne à la nature des choses, à l'équité, au bien public, au droit universel; enfin, qui rend le sort de l'insensé mis sous la curatelle de sa femme, pire que si on l'eût abandonné à sa folie. Sans curateur ni curatrice, il n'aurait pu être lié par aucun engagement préjudiciable à sa fortune, étant incapable de consentement, et il pourra être ruiné sans ressource, mis sous la curatelle d'une femme dissipatrice et non comptable.

C'est ce qui a pensé arriver tout récemment au sieur Lecomte, ancien marchand à Rennes.

Il épousa, en 1763, la demoiselle Ladoubel, et entreprit avec elle un petit commerce d'épiceries. Dès la première année de son mariage, il donna des traits marqués d'aliénation d'esprit; bientôt son état fut celui de la fureur, et enfin d'une démence complète. Sa femme le fit interdire en 1773. Un fils étant né de leur mariage, elle fut, par les seuls suffrages de ses propres parens, instituée, en 1774, curatrice de son mari, et tutrice de leur enfant.

Son administration ne fut pas heureuse. Elle décéda en janvier 1783, ayant dissipé un mobilier de plus de 6,000 livres, provenu de son mari, pour la meilleure part, et chargée de dettes contractées par elle, pour une somme encore plus considérable, quoiqu'elle eût eu, pour soutenir son ménage, outre le produit de son commerce, un revenu de 200 livres de son chef, et de 800 livres du chef de son mari.

En août 1776, elle avait emprunté, tant en son privé nom, que comme curatrice, une somme de 4,000 livres de la demoiselle Brindejonc, à titre de rente constituée sur l'hypothèque spéciale d'une ferme appartenante à son mari.

Dès le 27 mai 1783, la demoiselle Brindejonc fit assigner Me. Georges, procureur au présidial de Rennes, et curateur du sieur Lecomte, pour fournir titre nouvel et acquitter les arrérages.

A cette demande, le curateur a opposé la nullité résultant de l'art. 508 de la coutume, qui rejette toute *aliénation* de biens de mineurs, faite sans cause et formalités par leur tuteur et curateur; et, pour se dispenser de combattre l'opinion qui décharge la femme curatrice d'inventaire et de compte, il a déclaré abandonner à la demoiselle Brindejonc et aux autres créanciers le montant de la communauté, se bornant à soutenir que la constitution d'hypothèque est une aliénation,

(1) *V.* la note de Poullain, sur l'art. 523, et les *Principes de droit français* du même auteur, tome 1, page 382, n°. 287.

(2) *V.* Pothier, *Traité du contrat de Mariage,* n°. 515; *de la Puissance du mari,* n°. 25; *de la Communauté,* n°. 509.

et que cette aliénation était nulle aux termes de l'art. 508.

La demoiselle Brindejonc s'est fait néanmoins un rempart de cette opinion, sans fondement: elle a soutenu que la femme curatrice est dispensée d'inventaire et de compte; qu'ainsi, elle dispose librement des effets de la communauté; et de ce que le mari ne peut, dans la thèse générale, renoncer à la communauté; de ce qu'il est tenu solidairement d'en payer les dettes, elle a conclu que ces dettes doivent être payées, même sur les biens propres du mari interdit et en démence. Ainsi, l'erreur engendre une autre erreur encore plus pernicieuse, et bientôt foule aux pieds la raison et la loi, si elle n'est arrêtée dans sa course rapide, par l'autorité des magistrats, ou par le flambeau des jurisconsultes.

Ce système de défense a réussi d'abord à la demoiselle Brindejonc: par sentence du présidial de Rennes, du 20 décembre 1783, elle a obtenu les conclusions de sa demande.

Appel de la part du curateur: il a pris, en tant que de besoin, des lettres de restitution contre l'acte du mois d'août 1776, et appelé par requête et lettres de commission les autres créanciers de la demoiselle Ladoubel, pour voir déclarer commun avec eux l'arrêt favorable qu'il espérait.

A l'audience, la demoiselle Brindejonc a voulu insister sur sa bonne-foi, sur la qualité de l'emprunteuse, marchande publique. On lui a répondu que sa bonne-foi n'était qu'une faute grossière, une violation de la loi, ou un excès de confiance dans la demoiselle Ladoubel; que celle-ci n'était point marchande en sa qualité de curatrice; qu'elle n'était autorisée expressément ou tacitement à faire le négoce, ni par son mari, insensé douze années avant l'emprunt des 4,000 livres, ni par la famille de l'interdit, ayant été nommée curatrice par ses propres parens; que le consentement du mari jouissant de sa raison peut bien s'induire de son silence, suivant l'art. 448 de la coutume, parcequ'il est maître d'user et d'abuser, et qu'il a sur le commerce de sa femme, ou du moins peut y avoir, une surveillance immédiate et journalière; mais que le consentement de la famille de l'interdit, laquelle n'a qu'un pouvoir d'administration exercé par la femme, ne saurait s'entendre d'un consentement tacite, ne peut être donné qu'en justice, ne peut valoir que par l'autorité du juge qui l'homologue; qu'au surplus, il n'y avait point de preuve d'emploi des 4,000 livres dans le commerce de la demoiselle Ladoubel; qu'enfin, supposant légitime le faux système qui dispense la femme curatrice d'inventaire et de compte, il faut au moins avouer qu'elle ne peut dissiper que le fonds de commerce existant lors de l'Interdiction; qu'elle ne peut, sans avis de parens et décret de justice, augmenter ce commerce, ni prétendre en réparer les pertes par des emprunts; que ce serait aliéner les immeubles de l'interdit, qui ne peuvent être obligés valablement, sans le concours d'une juste cause et des formalités prescrites par l'art. 508 de la coutume.

Par arrêt du parlement de Rennes, du 24 décembre 1784, rendu à l'audience de la grand'chambre, conformément aux conclusions de M. Dubourgblanc, avocat général, la sentence du présidial a été réformée, et la demoiselle Brindejonc déboutée de ses demandes, avec dépens; l'arrêt déclaré commun avec les autres créanciers appelés par requête et lettres de commission, lesquels ont été, en ce qui les touchait, condamnés aux dépens, par la raison qu'*ils* avaient entré en contestation et soutenu le système de la demoiselle Brindejonc proscrit par l'arrêt.

La question sur l'obligation de la femme curatrice, de faire inventaire et de rendre compte, n'a pu être jugée, puisque le curateur abandonnait aux créanciers les effets de la communauté; mais il y a tout lieu de croire que, si elle se présentait, elle serait décidée par les vrais principes, et qu'on n'aurait aucun égard à l'arrêt incertain de 1610. M. Lanjuinais.*

[[Cela ferait aujourd'hui d'autant moins de difficulté, que, par l'art. 509 du Code civil, « les lois sur la tutelle des mineurs sont » (déclarées) applicables à la tutelle des in» terdits ».]]

* §. VI. *Des effets de l'Interdiction.*

I. La sentence d'Interdiction, une fois prononcée, ôte à l'interdit la disposition et même l'administration de ses biens. Il n'en peut disposer ni par contrat, ni par donation entre-vifs, ni par testament.

[[L'art. 509 du Code civil déclare que « l'interdit est assimilé au mineur pour sa » personne et pour ses biens ».

Il ne faut pourtant point conclure de là que l'interdit puisse, comme le mineur, disposer en certains cas par testament. Le Code civil lui-même va au-devant de cette conséquence pour la détruire: *pour faire une donation ou un testament* (dit-il, art. 901), *il faut être sain d'esprit.*]]

Cependant, si l'interdit pour fureur ou pour démence fait un testament qui ne contienne que des dispositions sages, cet acte doit avoir son exécution.

Cette proposition est généralement reçue pour les testamens olographes. Un arrêt du parlement de Paris, du 2 juin 1734, rendu sur les conclusions de M. de Chauvelin, avocat général, ordonne l'exécution du testament olographe du sieur Cointrel, fait deux mois après son Interdiction, nonobstant le fait de démence au temps du testament, allégué par ses héritiers qui demandaient à être admis à en faire preuve. La cour jugea que l'acte devait contenir lui-même cette preuve, et le testament du sieur Cointrel en contenait une contraire. La sagesse du testament fait présumer celle du testateur.

Mais il n'en est pas de même du testament devant notaire. L'arrêt du sieur Le Bret, dont il est fait mention ci-après, §. 7, n°. 1, ne permet plus de douter que ce dernier ne soit nul.

La raison de cette différence est facile à saisir. Dans le premier, le testateur agit seul, ou est censé agir seul. Dans l'autre, on peut toujours supposer que ses dispositions ont été corrigées par l'officier qui les rédige, et que celui-ci a négligé d'écrire celles qui auraient pu constater la démence.

[[Mais sur cette distinction, *V.* l'article *Testament*, sect. 1, §. 1. art. 1.]]

L'Interdit pour prodigalité est-il capable de tester?

Domat décide pour la négative. Il regarde cette incapacité comme une suite nécessaire de l'Interdiction. « La même cause (dit-il) » qui mérite la peine de l'Interdiction, mé» rite aussi celle de l'incapacité de disposer » par testament ». Et soit (ajoute-t-il) que l'on considère le mauvais usage que pourrait faire le prodigue interdit de la liberté des dispositions à cause de mort, ou la conséquence de le punir de sa mauvaise conduite par la privation de cette liberté, quand il pourrait même en faire quelque bon usage, il est de l'intérêt des familles et du public, qu'une personne d'aussi mauvaise conduite qu'un prodigue interdit, ne puisse tester.

Cet auteur regarde l'Interdiction du prodigue comme une peine qui lui est infligée: en cela, il diffère de l'opinion commune, qui ne la regarde que comme un secours de la loi, accordé à une personne en qui se rencontre une incapacité naturelle. Dominé par des passions qui le jettent dans une espèce de délire, le prodigue n'est pas censé avoir de volonté; c'est sans réflexion et par conséquent sans crime, qu'il répand ses profusions; et la loi ne punit que les fautes de l'homme et non les imperfections de la nature.

Ricard regarde l'empêchement du prodigue comme participant de la nature et de la loi; et, en général la prodigalité est considérée comme une espèce de folie.

Les Romains, de qui nous avons emprunté la législation des testamens, rejetaient en général celui de l'interdit: ils le déclaraient nul de plein droit. *Is qui bonis interdictus est, testamentum facere non potest: et si fecerit ipso jure non valet.* Telle est l'expression de la loi 18, D. *de his qui testamentum facere possunt.* Ils admettaient cependant une distinction: si le testament était antérieur à l'Interdiction, ils le confirmaient: *Quod tamen Interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit.*

D'Héricourt, dans ses notes sur Domat, enseigne la même doctrine; quant à la distinction admise par les Romains, il avoue qu'elle est écrite dans les textes que nous venons de rapporter, et n'en reste pas moins dans le doute. Après avoir exposé que nous rejetons la Novelle 39 de l'empereur Léon, qui confirme le testament du prodigue, lorsqu'il ne contient que des dispositions raisonnables, il ajoute: « Mais pour le testament » qui précéderait l'Interdiction, il y a plus » de difficulté de savoir s'il doit subsister; » et quoique la question soit décidée par les » textes rapportés sur cet article, qui veu» lent que ce testament ait son effet, il n'est » pas défendu de considérer quelques incon» véniens qui peuvent suivre de cette règle: » car, comme il est certain que les prodigues » ne sont interdits que par une mauvaise con» duite, qui sans doute a précédé l'Interdic» tion, et que c'est par une mauvaise con» duite qu'ils sont incapables de tester, la » même raison qui veut qu'on annulle le » testament fait après l'Interdiction, semble » demander qu'on annulle aussi celui qui l'a » précédée: car, comme il est naturel de » présumer que, comme un prodigue ne » s'avise pas de faire un testament, s'il n'y » est porté par d'autres personnes, il n'au» rait fait le sien que par l'impression des » complices de ses débauches et en leur fa» veur; et il pourrait arriver aussi qu'un » testament dont les dispositions devraient » être changées par rapport aux changemens » qui seraient survenus dans la famille du » prodigue, ne pourrait néanmoins être ré» formé, puisqu'étant incapable de tester, » il ne pourrait faire de nouvelles disposi» tions ».

Quelle que soit l'autorité de ces décisions, rien n'empêcherait le juge de confirmer le testament du prodigue, sans distinction du temps où il aurait été fait: il suffirait qu'il eût la conviction que de justes motifs l'auraient déterminé et qu'il n'aurait point passé les bornes d'une reconnaissance bien entendue: par exemple, s'il appelait à ses libéralités un parent qui eût voté à son Interdiction, quel serait le motif d'annuler son testament? Comme nous n'avons en pays coutumier aucune loi précise sur ce point, le juge peut suivre la jurisprudence romaine, qui, dans les tempéramens qu'elle a admis, n'a rien décidé que de conforme à la plus saine raison.

Cette opinion est précisément celle de Ricard: « Quoique le prodigue (dit-il, après » avoir rapporté le sentiment de différens docteurs) soit demeuré un temps considérable, depuis la sentence d'Interdiction, sans » réitérer les actions qui avaient servi à témoigner le dérèglement de son esprit, s'il » passe quelque contrat qui lui soit fort préjudiciable, ou s'il fait un testament dans » lequel il partage ses biens entre les compagnons de ses débauches, ou autre personne qui n'avait pas mérité cette grâce » de lui, et qu'il fasse, en un mot, ce qu'un » homme d'une bonne conduite n'aurait pas » fait, je ne fais point de difficulté qu'on doit » condamner le contrat ou le testament, parcequ'il sert de preuve suffisante pour faire » voir que la cause de l'Interdiction n'a pas » cessé, et que la sentence est restée en pleine » vigueur, aussi bien pour la substance que » dans la forme. Si au contraire l'acte qui » sert de sujet à la contestation, ne contient » rien qui ne soit dans l'ordre, et qu'une » personne avisée dans la direction de son » bien n'ait dû faire, c'est un fort grand motif pour en ordonner la confirmation, » nonobstant la sentence d'Interdiction précédente ».

Cependant nous croyons que cette distinction, dont Ricard étend la faveur à tous les actes, ne peut être suivie que dans les dispositions de dernière volonté.

Au surplus, on est généralement d'accord que le testament du prodigue pour cause pie ou entre enfans, est valable; cette exception est autorisée par des arrêts que rapportent Maynard, liv. 7, chap. 19; et Cambolas, liv. 5.

[[On trouvera à l'article *Prodigue*, de nouveaux détails sur cette question.

Du reste, on a déjà dit que l'Interdiction ne peut plus avoir lieu pour cause de prodigalité.]]

II. Un arrêt du parlement de Paris permet au prodigue de toucher par lui-même ses rentes viagères sur l'hôtel-de-ville. Cette faculté est refusée à l'interdit pour démence.

III. Si l'imbécille meurt en possession de son état, en vain ses héritiers demanderont à prouver que, lorsqu'il a contracté, il était en état de démence, à moins cependant que les faits articulés ne soient de notoriété publique, et que les actes n'offrent en même temps une espèce de preuve de la démence reprochée à leur auteur; mais il faut la rencontre de ces deux cas. C'est ce qui a été jugé au mois d'avril 1730, au sujet du testament du sieur de Santilleu. On alléguait des faits précis, et qui s'étaient passés dans la plus grande publicité: le testateur avait couru tout nu dans les rues de Saint-Germain, et avait causé un grand scandale dans l'église, le jour de son testament; cependant comme il était mort *integri statûs*, et que son testament ne contenait rien que de raisonnable, les héritiers ne furent point écoutés. [[*V.* ci-après, n°. 9.]]

IV. En général, les interdits pour démence jouissent des mêmes privilèges que les mineurs; les lois leur prêtent les mêmes secours.

Ainsi, on ne peut prescrire contre eux; le principe *contrà non valentem agere non currit præscriptio*, est rigoureusement observé à leur égard. [[*V.* le Code civil, art. 509 et 2252.]]

Cependant on juge constamment que les dispositions de l'art. 94 de la coutume de Paris (suivant lequel le capital des rentes appartenant à des mineurs, rachetées pendant leur minorité, est censé être de même nature et de même qualité d'immeuble qu'étaient les rentes), ne doivent pas s'étendre aux interdits pour démence. Mais on suit une jurisprudence contraire en Normandie.

[[*V.* l'article *Subrogation de chose*, sect. 2, §. 1, art. 2, n°. 1.]]

V. Si le curateur de l'interdit meurt, les personnes intéressées à maintenir son Interdiction doivent lui en nommer un nouveau; autrement, elles sont non recevables à attaquer les actes qu'il peut faire. Ceux qu'il aurait faits durant l'intervalle du décès de l'ancien et de la nomination du nouveau sont maintenus, si toutefois cet intervalle est assez considérable pour ne pas laisser de soupçon contre les intentions de l'acquéreur.

Ceci ne peut s'appliquer à l'interdit pour fureur ou pour démence, mais seulement à l'interdit pour prodigalité.

VI. Le juge n'ôte pas toujours à ceux que des parens veulent faire interdire, l'entière

administration de leurs biens. Lorsque la démence n'est point absolue, et qu'elle se réduit à une faiblesse d'esprit peu considérable, c'est-à-dire, lorsque le bon sens prévaut de manière que celui contre qui on procède, n'est point jugé incapable d'administration, au lieu de lui donner un curateur, le juge nomme d'office un conseil, sans lequel il ne peut faire aucune aliénation, ni hypothéquer ses immeubles; sur quoi il faut observer que, si l'Interdiction n'est pas restreinte, elle est censée générale, et s'étend sur tous les actes d'administration. [[*V.* l'art. 499 du Code civil, rapporté ci-dessus, §. 1.]]

Celui qui n'a qu'un conseil, dispose en toute liberté par acte de dernière volonté.

VII. Un interdit pour cause de prodigalité, peut-il, avec la seule autorisation du curateur à son Interdiction, autoriser valablement sa femme à l'effet d'un cautionnement?

Cette question s'est présentée, et a été jugée pour la négative, le 14 août 1769, au rapport de M. Pasquier.

Dans l'espèce de cet arrêt, le maréchal de la Fare était débiteur du sieur de Laboissière, d'une somme de 44,961 livres. Le maréchal, gêné pour le paiement de cette somme, eut recours à sa fille, femme séparée de biens du sieur de Pont-Chavigny, interdit pour cause de prodigalité. Le sieur Houel, curateur onéraire à l'interdiction, passa un acte devant notaire le 12 février 1752, qui autorisa le sieur de Pont à autoriser lui-même sa femme, afin d'effectuer le cautionnement sous deux conditions: la première, qu'il ne pourrait résulter du cautionnement aucune obligation ni hypothèque sur les biens personnels du sieur de Pont, ni en faveur de sa femme, ni en faveur du sieur de Laboissière; l'autre, que la dame de Pont ne serait responsable que du principal de la dette; en sorte que tout ce qui serait payé par le maréchal, serait imputé, relativement à elle, sur le capital. Le 15 février, le sieur de Pont, ainsi autorisé, signa l'acte d'autorisation, sous seing-privé, aux mêmes conditions; et le 26, la dame de Pont signa à Paris l'acte de cautionnement, passé devant notaire. Plusieurs lettres de la dame de Pont annonçaient, dans les termes les plus expressifs, sa satisfaction d'avoir été en état d'obliger le maréchal, son père.

Le maréchal mourut au mois de septembre 1752, laissant ses affaires en très-mauvais état; la dame de Pont renonça à sa succession: le sieur de Laboissière fut alors obligé de faire valoir son cautionnement; il fit pratiquer en vertu d'ordonnance de M. le lieutenant civil des saisies-arrêts sur la dame de Pont. Celle-ci en appela aussitôt à la cour, et demanda la nullité de ce cautionnement, qu'elle avait paru désirer avec l'ardeur la plus vive; elle prit des lettres de rescision.

Ses moyens étaient fondés 1°. sur l'art. 223 de la coutume de Paris, qui ne permet pas aux femmes mariées de s'obliger sans l'autorisation expresse de leurs maris; 2°. sur ce que son mari n'était point *integri status*, qualité nécessaire pour rendre une autorisation valable; que l'Interdiction ôtait à celui qui en était frappé, tout droit sur sa femme et sur ses biens; qu'il était dépouillé de tout exercice des droits civils; d'où il résultait que tous ses droits sur sa femme étaient suspendus durant tout le temps de l'Interdiction. Elle ajoutait que, si quelquefois la justice avait laissé subsister des actes faits par des interdits, lorsqu'ils ne préjudiciaient à personne, la faveur ne devait pas s'en étendre à des actes ruineux, tels que celui dont il s'agissait; qu'à l'égard de ce que son mari avait été autorisé par son curateur, il ne dépendait pas de ce dernier de rendre un interdit capable de contracter, lorsque la justice lui avait ôté ce droit.

Rien ne pouvait prévaloir contre ces moyens, le curateur ne pouvant changer en rien l'état de la femme de l'interdit.

La dame de Pont ne pouvait se dissimuler la défaveur de sa cause; mais en ces sortes de matières, la honte qui peut rejaillir d'une action, n'en éteint pas le droit. Les lettres de rescision qu'elle avait obtenues, furent jugées surabondantes; et en général, les actes des interdits étant nuls de plein droit, on n'a pas besoin de ce secours. C'est encore en cela que l'interdit diffère du mineur.

VIII. Les sentimens sont partagés sur la question de savoir si la sentence d'Interdiction du prodigue a un effet rétroactif.

Deux arrêts, l'un du 24 mars 1564, cité par Papon, l'autre du 11 février 1633, rapporté par Bardet, ont jugé que l'Interdiction du prodigue ne commence que du jour de la sentence. Celui de 1564 fut rendu entre le roi de Navarre et le comte de Sancerre; il n'en est pas de plus célèbre. Cet arrêt fait défense au juge d'interdire pendant l'instruction du procès, et déclare valables les aliénations faites, non-seulement jusqu'à la sentence, mais même jusqu'à la publication de cette sentence et la nomination du curateur.

Bourjon prétend qu'elle doit remonter au temps des premières procédures, sur le fondement que le prodigue pourrait mettre à

profit les délais et tromper le vœu de la loi; en conséquence, il tient pour maxime certaine et indubitable que l'appel d'une sentence d'Interdiction n'est que dévolutif et non pas suspensif; qu'ainsi, une personne interdite pour prodigalité, ne peut disposer pendant l'intervalle de la sentence et de l'arrêt; mais pour que le principe qu'il pose, ait toute sa force, il veut que la *sentence soit signifiée dans un bref délai à tous les notaires de la ville où l'interdit est domicilié;* autrement, ajoute-t-il, l'Interdiction d'un particulier serait un piége pour tous les autres.

Il fonde son opinion sur l'usage du Châtelet, dont il ne dissimule pas les inconvéniens : « il » me paraît (dit-il), que ceux qui ont contracté avec l'interdit, sont favorables tant » qu'ils ont ignoré son état; mais ce sont des » inconvéniens de part et d'autre et il a fallu » choisir le parti dans lequel il y en a le moins ».

Il serait juste en cette matière d'avoir égard à l'étendue de la ville du domicile de l'interdit; nul ne peut être victime d'une erreur nécessaire : il y a des villes si considérables, qu'il est impossible que tout le public soit instruit des procédures qui peuvent avoir été faites contre un interdit. Dans une semblable ville, il est juste de ne donner d'effet à l'Interdiction, que de l'instant, non pas de la sentence, mais seulement de la notification de cette sentence; et de faire valoir dans toute son étendue l'arrêt de 1564. Le parti adopté par cet arrêt était combattu par l'importance du personnage, qui ne permettait pas d'ignorer les procédures qui s'exerçaient contre lui : néanmoins la rigueur des principes l'emporta.

La jurisprudence que Bourjon assure être celle du Châtelet, renferme une contradiction évidente, puisqu'elle se réunit à l'autre dans ce point, que, faute de signification de la sentence, les engagemens contractés avec l'interdit, sont valables. C'est donc de la publicité de l'Interdiction que dépend la validité ou la nullité des engagemens avec un prodigue. Or, comment prétendrait-on qu'une action fût connue de toute une ville immense, immédiatement après la signification de la requête introductive?

L'opinion contraire paraît infiniment préférable; et l'on ne doit embrasser celle de Bourjon, qui, comme nous l'avons observé, convient des inconvéniens auxquels elle est sujette, qu'autant qu'il y aurait quelque lésion dans la vente, ou qu'on pourrait prouver un concert entre le prodigue et celui avec lequel il aurait contracté.

L'annotateur de Ricard suit l'opinion de Bourjon : mais en cela il est contraire à l'auteur aux réflexions duquel il ajoute les siennes. « Quant aux prodigues (tel est le texte » de Ricard, édition de 1751, page 35), il » n'en est pas de même; car leur empêchement » étant plus civil que naturel, quoiqu'il participe de l'un et de l'autre, il tire toute sa » vertu de l'acte qui les déclare tels, de sorte » que personne n'est interdit de pouvoir » disposer de ses biens, soit par testament, » donation entre-vifs ou autrement, qu'après qu'il a été déclaré prodigue en justice, » avec les solennités accoutumées. En effet, » la prodigalité dépendant de plusieurs actes » réitérés, qui ne se connaissent que par le » cours du temps et avec la discussion de plusieurs choses qui concourent ensemble, il » est nécessaire que l'Interdiction à laquelle » elle donne lieu, se fasse avec connaissance » de cause, et par une autorité publique, qui » seule est capable de donner quelque poids » à cet empêchement ».

Lorsque l'annotateur ajoute à ce texte que l'*Interdiction* (des prodigues) *est censée avoir commencé dès l'instant de la première procédure que les parens ont faite pour procéder à la curatelle*, il s'est élevé contre l'opinion de son auteur, puisque les *solennités accoutumées* dont parle Ricard, ne peuvent consister dans une requête que des parens présentent dans l'obscurité, et qui peut être rejetée.

Au surplus, le parlement de Paris a rendu, le 17 février 1778, un arrêt qui proscrit formellement le système de cet annotateur.

Le sieur Flamen, beau-père du sieur Ruffrai, poursuivait l'Interdiction de son gendre, dont la fortune était déjà dans le plus grand désordre; le sieur Ruffrai continuait d'en absorber les débris, et contractait des engagemens ruineux avec le sieur Deramat, sellier, pendant le temps intermédiaire de la demande en Interdiction, à la sentence qui l'a prononcée.

Ce qui s'est passé entre ces deux époques, a donné lieu à la question de savoir si la seule demande en Interdiction ne liait pas les mains au prodigue, et si tous les actes qu'il avait contractés depuis le moment où l'on avait provoqué son Interdiction, n'étaient pas infectés de nullité.

Les juges-consuls de Rochefort ont condamné le sieur de Ruffrai et le sieur Flamen, comme son curateur, à payer différentes sommes au sieur Deramat.

Appel à la cour, où le sieur Flamen a proposé différens moyens sur la question de savoir si la sentence qui interdit un prodigue, ne doit pas avoir un effet rétroactif au

jour de la demande. En soutenant l'affirmative, il a prétendu que l'objet des lois était de conserver aux prodigues les débris de leur fortune, et de mettre un terme à leurs désordres, de les empêcher surtout de contracter de nouveaux engagemens; que le but des lois serait manqué, s'il était au pouvoir du prodigue de dissiper le reste de ses biens dans l'intervalle de la demande à la sentence. Il a appuyé ses raisonnemens des opinions de Rousseaud de Lacombe, de Bourjon, de l'annotateur de Ricard, d'Imbert; il a ajouté que plusieurs auteurs, notamment le président Favre et Dumoulin, enseignent que les actes souscrits par le prodigue, même avant la demande en Interdiction, sont nuls, si la prodigalité est notoire.

En réponse à ces moyens, Deramat a d'abord soutenu que la prodigalité ne se manifestait pas d'elle-même; qu'elle n'était déterminée que par des actes réitérés; qu'ainsi, ceux qui contractaient avec un prodigue, ignorant la demande formée pour le faire interdire, ne pouvaient être victimes de leur bonne-foi. Deramat a ajouté que le prodigue n'était incapable d'aucun acte de volonté libre; que son incapacité n'était établie que par la sentence d'Interdiction; qu'ainsi, tous les actes souscrits jusqu'à l'instant de cette sentence, étaient valables.

Ses raisons ont prévalu. La cour, par l'arrêt cité, a mis l'appellation au néant, a débouté le sieur Flamen de ses demandes en nullité, et l'a condamné aux dépens.

Ainsi, elle a jugé que les actes souscrits par un prodigue, dans le temps intermédiaire de la demande en Interdiction à la sentence qui la prononce, sont valables.

[[Cette jurisprudence n'est pas aussi étrangère à la législation actuelle, qu'elle pourrait le paraître à la première vue; elle est encore applicable aux prodigues à qui il est nommé des conseils.]]

Dès que la sentence d'Interdiction est notifiée, [[aujourd'hui, dès que le jugement qui nomme un conseil est rendu, comme on le verra ci-après]], les obligations que l'on contracte avec le prodigue sont nulles; et cette nullité est absolue, tant à son égard qu'à l'égard de tous ses représentans.

Dans le cas de cette nullité, le notaire qui a reçu l'obligation, est garant envers le créancier; c'était à lui à l'instruire de l'état public du prodigue : Soëfve en rapporte un arrêt conforme du 17 janvier 1662.

Cette garantie contre les notaires est fondée sur ce qu'ils sont tenus d'avoir dans leurs études une liste des interdits.

Cette liste ou tableau ne les soustrairait point à cette garantie : en vain ils objecteraient que celui qui a contracté, a lu ce tableau; l'acte en doit faire une mention expresse : autrement la garantie est inévitable; aucune considération ne saurait les y soustraire.

[[Aujourd'hui, les notaires ne sont garans de la nullité des actes passés par des prodigues à qui il a été nommé des conseils, que dans le cas où ils n'ont pas exposé dans leurs études, un tableau contenant « les noms, prénoms, » qualités et demeures des personnes qui, » dans l'étendue du ressort où ils peuvent » exercer, sont assistées d'un conseil judi- » ciaire, ainsi que la mention des jugemens » relatifs; le tout après la notification qui en » a été faite ». *V.* la loi du 25 ventôse an 11, art. 18; et le mot *Notaire.*]]

Il ne faut point étendre cette garantie aux notaires qui sont hors du ressort de la juridiction de l'interdit; c'est alors à celui qui contracte à s'imputer sa propre négligence; on lui applique le principe, *nemo debet esse ignarus conditionis ejus cùm quo contrahit.*

Un arrêt du parlement de Paris, du 17 juillet 1764, a jugé qu'il suffisait que la sentence d'Interdiction fût signifiée au doyen des notaires du domicile de l'interdit, sans qu'il fût besoin, quand l'interdit changerait après de domicile, de faire signifier et notifier l'Interdiction aux notaires des nouveaux domiciles, attendu qu'étant interdit une fois, il ne pouvait plus, dans le droit, contracter d'autre domicile que celui qu'il avait lors de son Interdiction.

L'ancien usage du Châtelet était de faire crier et publier dans Paris les sentences d'Interdiction. Denisart assure en avoir trouvé des exemples dans les *registres des Bannières.*

Cette publication à l'audience et à cri public dans les carrefours et marchés, a été ordonnée par arrêt du 4 août 1718, en faveur du sieur Masson, notaire, contre Laurent Moreau : mais les nouvelles précautions qu'on a prises ont rendu cette publication superflue : on suit l'arrêt de 1764.

Une fois averti, c'est à celui qui a contracté avec le prodigue, à s'imputer l'insuffisance et l'imperfection de son titre.

[[Aujourd'hui, la seule prononciation du jugement qui nomme un conseil à un prodigue, suffit pour opérer la nullité des actes dans lesquels le concours de ce conseil est nécessaire. Il est vrai que ce jugement doit, aux termes de l'art. 501 du Code civil (dont la disposition uniquement relative aux inter-

dits pour démence ou fureur, est rendue commune aux prodigues, par l'art. 897 du Code de procédure civile), être « inscrit dans » les dix jours, à la diligence des demandeurs, » sur les tableaux qui doivent être affichés » dans la salle de l'auditoire et dans les étu- » des des notaires de l'arrondissement »; mais l'art. 502 n'en déclare pas moins nuls de plein droit *tous actes passés postérieurement au jour du jugement, sans l'assistance du conseil. V.* le plaidoyer et l'arrêt du 16 juillet 1810, rapportés dans mon *Recueil de Questions de Droit*, aux mots *Tableau des Interdits.*]]

IX. Quant à l'Interdiction pour fureur ou pour démence, comme elle tire sa source de l'état de celui qui en est attaqué, elle a lieu sans l'office du juge : la sentence qui la prononce, n'est que déclaratoire, et son effet remonte au temps précis où la démence s'est manifestée; de là il suit que l'engagement contracté par l'interdit pour démence, est nul, s'il est prouvé que la démence se soit manifestée antérieurement.

Augeard a recueilli un arrêt qui consacre particulièrement cette maxime. Il pose la question de cette manière : *Si une Interdiction pour démence a un effet rétroactif au jour que la démence a été connue ?*

L'arrêt fut rendu le 2 avril 1708, entre Noël Badon, appelant de trois sentences du bailliage de Nogent-le-Rotrou, des 4 mars, 4 novembre 1705 et 5 mars 1706; et Marie Leprince, veuve de Jean Dauge, curatrice créée par justice à la démence de Marie-Brigitte Dauge, sa fille, veuve de François Travers-Delaunay, intimée.

La première de ces sentences avait ordonné que Marie-Brigitte demeurerait interdite du jour que sa démence s'était manifestée, et la déclarait incapable de jouir et disposer de ses biens sans l'autorité de son curateur.

La seconde lui accordait une provision de 300 livres et avait condamné Badon à payer la moitié des épices et du coût de la première sentence.

La troisième avait décerné un exécutoire contre lui.

Badon était créancier du défunt sieur Delaunay et de Marie-Brigitte Dauge, sa femme, de 2,920 livres contenues dans un billet; il avait obtenu contre eux une sentence de condamnation dès le 31 mars 1703.

Ses moyens étaient que la sentence qui avait interdit Marie-Brigitte, avait été rendue sans lui; et que le juge de Nogent, en prononçant l'Interdiction, n'avait pu lui donner un effet rétroactif pour le temps qui l'avait précédée, au préjudice d'un créancier qui avait son droit acquis auparavant; il s'appuyait du principe que les lois, les ordonnances et par conséquent les jugemens n'ont d'effet que pour l'avenir.

Il y avait encore ceci de particulier, que l'Interdiction avait été prononcée sans les formalités d'usage, sans avis de parens et sans interrogatoire préalable : et, ce qui était plus favorable encore à l'appelant, Marie-Brigitte avait procédé en justice par une demande en séparation, et elle avait défendu seule aux poursuites pour le paiement de son billet en 1705.

L'intimée soutenait au contraire qu'on distinguait toujours l'Interdiction par sa cause : que, si elle était fondée sur la prodigalité, elle n'avait pas lieu pour le passé, mais seulement pour l'avenir, parce que l'Interdiction prononcée en jugement est la seule voie pour empêcher le prodigue de contracter; mais qu'une personne en démence, étant par elle-même et par la situation actuelle de son esprit, notoirement hors d'état de pouvoir contracter, l'effet de son Interdiction remontait au moment que sa démence avait été connue.

Cette défense était, ainsi qu'on le voit, fondée sur les principes que nous avons développés.

La cour ayant jugé que le moment de la démence de Marie-Brigitte Dauge n'était pas suffisamment déterminé, et que, si la preuve sur laquelle son Interdiction avait été prononcée, n'était pas absolument irrégulière, elle pouvait être suspecte, ordonna, avant faire droit, que l'intimée ferait preuve du temps précis qu'avait commencé la démence de sa fille, dans laquelle enquête les témoins, de celle qui avait été déjà faite, pourraient encore être entendus, et que Badon ferait preuve contraire, si bon lui semblait.

Un autre arrêt du 10 janvier 1696 avait annullé une donation de M. de Longueville, faite six mois avant son Interdiction.

Plusieurs sentences, confirmées par arrêts, semblent avoir fixé cette jurisprudence.

Le sieur de Hai ayant fait un contrat de mariage avec la demoiselle Mahou, fille majeure, le 10 mai 1720, reconnut avoir reçu d'elle 40,000 livres. Le mariage ne suivit pas le contrat, et le sieur de Hai fut interdit pour égarement d'esprit, la même année.

Après le décès du sieur de *Hai*, arrivé peu de temps après, la demoiselle Mahou redemanda sa dot aux héritiers collatéraux, avec dommages et intérêts. Ceux-ci, auxquels se

joignirent les créanciers du sieur de Hai, soutinrent que la quittance de dot n'était pas obligatoire, au moyen de l'état de démence du sieur de Hai, au temps du contrat de mariage; et ils demandaient à faire preuve de ce fait par témoins.

La demoiselle Mahou soutenait que ce n'était pas le cas d'admettre la preuve : elle représentait des procédures faites contre le sieur de Hai, au temps du contrat de mariage, d'où elle tirait la conséquence qu'ils l'avaient reconnu sain d'esprit.

Cependant, par sentence du Châtelet, du 13 mars 1723, confirmée par arrêt du 7 août suivant, la preuve testimoniale de la faiblesse d'esprit du sieur de Hai a été admise, sans préjudice du droit des parties au principal.

Un notaire de Langeais, nommé Brulon, ayant passé une transaction, le 31 juillet 1736, avec le sieur de La Boulasserie, fut interdit pour cause d'imbécillité, par sentence du 8 janvier 1737, sur l'appel de laquelle il intervint, au bailliage de Luynes, le 22 juillet suivant, sentence qui interdit Brulon de l'exercice de sa charge, et lui défendit toute aliénation de ses biens, sans l'assistance d'un conseil. Brulon prit des lettres de rescision contre la transaction qu'il avait passée avec le sieur de La Boulasserie, et en poursuivit l'entérinement.

Par sentence du bailliage de Luynes, du 1er. février 1740, confirmée par arrêt de la seconde chambre des enquêtes, le 5 septembre 1741, les héritiers de Brulon furent admis à prouver qu'il était imbécille au temps de la transaction.

Ils avaient en leur faveur un acte passé par Brulon, le jour même de la transaction dont le peu de sens pouvait passer pour un commencement de preuve par écrit.

Cette jurisprudence a cependant reçu quelque altération par l'arrêt de la duchesse de La Force.

Dans l'espèce de cet arrêt, la duchesse de La Force avait fait une donation considérable et un legs universel au comte et à la comtesse de Bourc, environ cinq ans avant son Interdiction.

Les héritiers offraient un commencement de preuve par écrit, qu'ils faisaient résulter, tant de l'avis des parens de la duchesse, lors de son Interdiction, et de papiers trouvés chez son Intendant, que d'une information faite peu de temps après cette Interdiction.

Leurs prétentions furent rejetées, à cause du laps de temps qui s'était écoulé entre les actes attaqués et l'Interdiction. L'arrêt est du premier juillet 1756 : il a été rendu sur les conclusions de M. Séguier, avocat général.

L'autorité de cet arrêt est balancée par celui du 2 avril 1708, que nous avons rapporté d'après Augeard. Celui-ci n'avait point admis la distinction, quoique dans une espèce plus favorable : il avait décidé qu'il suffisait de faire preuve de l'instant précis; et même on ne voit pas qu'on ait opposé à Badon d'autres preuves que celles qui devaient résulter de l'enquête : on ne voit pas qu'on opposât de la part de Brigitte Dauge, de commencement de preuve par écrit.

Enfin, la jurisprudence a été fixée au parlement de Paris sur le point dont il s'agit, par un arrêt rendu dans l'espèce suivante, le 21 juillet 1779.

Le sieur Belin, majeur, ayant toujours été dans un état d'imbécillité absolue, son père crut devoir, en 1764, demander à la justice la permission de le tenir enfermé dans une pension où l'on recevait les gens faibles d'esprit. Une sentence l'y avait autorisé, mais elle n'avait pas été mise à exécution.

En 1768, le 28 mars, le frère et la sœur du sieur Belin, craignant qu'on ne lui fît souscrire quelques actes ruineux, présentèrent une requête au lieutenant général de Blois, à l'effet de le faire interdire.

Le 7 avril, avant que la sentence d'Interdiction fût rendue, le sieur Belin vendit au nommé Chataigner une maison qui lui appartenait, moyennant 4000 livres.

Le 29 avril, sentence qui prononce l'Interdiction et la nullité de l'acte du 7 avril.

Appel de la part de l'acquéreur, qui soutenait la validité de l'acte, comme fait dans un temps où le sieur Belin jouissait de la plénitude de sa liberté.

M. l'avocat général Séguier pensa, au contraire, que l'Interdiction pour cause d'imbécillité, devait avoir un effet rétroactif au temps où l'imbécillité avait été notoire et publique; que, dans ce cas, la sentence n'était que déclaratoire de l'Interdiction que la nature avait déjà prononcée, dès l'instant qu'elle avait privé le sujet de ses facultés intellectuelles; que, par une conséquence nécessaire, un acte passé dans l'intervalle de la provocation de l'Interdiction à la sentence qui l'avait prononcée, devait être déclaré nul. Par ces considérations, M. l'avocat général conclud à la confirmation de la sentence; et l'arrêt cité fut conforme aux conclusions de ce magistrat.

[[Le Code civil fait, sur tout cela, une dis-

tinction qui rentre, en grande partie, dans ce qu'on vient de lire; voici ses termes;

« Art. 502. L'Interdiction, ou la nomination d'un conseil, aura son effet du jour du jugement. Tous actes passés postérieurement par l'interdit, ou sans l'assistance du conseil, seront nuls de droit.

» 503. Les actes antérieurs à l'Interdiction pourront être annulés, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits.

» 504. Après la mort d'un individu, les actes par lui faits ne pourront être attaqués pour cause de démence, qu'autant que son Interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès : à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué ».]]

X. Nous terminerons cette discussion par observer que les sentences d'Interdiction, soit pour prodigalité, soit pour démence, doivent être exécutées, d'après le règlement du 29 janvier 1656, nonobstant et sans préjudice de l'appel, et sans qu'on puisse obtenir des défenses.

[[On voit, en combinant les art. 501 et 505 du Code civil, que tel est également l'esprit de ce Code, sauf qu'en cas d'appel, il ne peut être procédé à la nomination du tuteur et du subrogé-tuteur de l'interdit, qu'après que le jugement d'Interdiction a été confirmé. *V.* ci-devant, §. 5, n°. 3.

XI. Le Code civil contient encore, sur les effets de l'Interdiction pour imbécillité, démence ou fureur, deux dispositions importantes :

« Art. 510. Les revenus d'un interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son sort et à accélérer sa guérison. Selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile, ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice.

» 511. Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant d'un interdit, la dot, ou l'avancement d'hoirie, et les autres conventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, sur les conclusions du procureur du roi ».]]

§. VII. *Des formalités pour obtenir la main-levée de l'Interdiction.*

I. Il arrive quelquefois que les causes de l'Interdiction cessent.

Alors, il est juste qu'elle cesse elle-même; et voici ce qui se pratique pour en obtenir la main-levée.

Sur la requête présentée par le prodigue, le juge assemble ceux des parens qui ont provoqué l'Interdiction, s'ils sont encore vivans, et se décide d'après leur avis. L'effet de la main-levée remonte au temps de la requête tendante à l'obtenir, si cependant la sentence la prononce.

Les Romains, n'importe quel en fut le motif, la faisaient cesser de plein droit, dès que la cause avait cessé : *Tamdiù*, dit la loi 1, *de curatoribus furioso*, au Digeste, *erunt in curatione quamdiù vel furiosus sanitatem vel prodigus sanos mores receperit; quod si evenerit, ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Ferrière, dans son *Dictionnaire de droit et de pratique*, prétend que l'interdit en général reste dans ses liens, tant qu'il n'est pas relevé juridiquement de son Interdiction.

Ricard distingue et tient pour maxime, que l'Interdiction pour démence finit comme elle commence; et que, comme elle a lieu de plein droit et sans le ministère du juge, de même, dès que l'interdit pour démence a recouvré son bon sens, il recouvre sa liberté; de manière qu'il est considéré, pour les actes qu'il fait, comme n'ayant jamais été interdit.

Il veut aussi que, si la démence quitte et ne vient que par intervalles, l'Interdiction n'ait lieu que pendant la démence, et cesse dans les instans lucides. Il s'appuie de la loi 6, C. *de curatoribus furioso.*

Bourjon, qui embrasse cette opinion, veut qu'on en use avec beaucoup de ménagement : il convient qu'une application trop générale de ce principe entraînerait les plus grands inconvéniens.

D'après cette doctrine, si celui au profit duquel un interdit pour démence s'est engagé, soutient que, lors du contrat, l'interdit avait recouvré sa raison et qu'il demande à en faire preuve, cette preuve doit être admise, si toutefois sa raison s'est manifestée dans plusieurs actes antérieurs et subséquens à celui dont on provoquerait la nullité.

L'auteur du *Droit commun de la France* ajoute que l'usage du Châtelet est que, pour admettre en tel cas la preuve testimoniale, il faut qu'il y ait un commencement de preuve par écrit.

Ferrière s'est fondé sur la nouvelle jurisprudence; et depuis l'arrêt de 1768, il n'est

plus permis de s'attacher à l'avis de Ricard et de Bourjon, au moins en pays coutumier et en pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris.

Dans l'espèce de cet arrêt, le sieur Lebret avait fait, en 1763, un testament olographe; mais le 28 février 1766, il en fit un pardevant notaire, à Paris, par lequel, ainsi que par un codicille du 7 mars suivant, après avoir fait quelques legs à ses parens maternels, il institua ses parens paternels légataires universels. Sa succession était composée de près de deux millions; mais il ne laissait de propres paternels que pour un objet très-modique.

Les parens maternels attaquèrent ce testament, dont ils demandèrent la nullité, sur le fondement principal que l'ordonnance du magistrat portant main-levée de l'Interdiction, était incompétemment rendue, l'ayant été par M. le lieutenant civil, seul et dans son hôtel. Tous les engagemens, disaient les appelans, tous les liens civils quelconques, ne peuvent se rompre que de la manière dont ils ont été formés. L'Interdiction, ajoutaient-ils, avait été prononcée sur rapport à la chambre du conseil; elle ne pouvait donc être levée que de cette manière.

C'est d'après cet exposé, que, la cause portée à l'audience, et après que M. Barentin, avocat général, eut établi la nullité et l'incompétence de M. le lieutenant civil, pour accorder, seul et dans son hôtel, la main-levée d'une Interdiction prononcée sur rapport dans la chambre du conseil, arrêt est intervenu à la grand'chambre, le mardi 17 mai 1768, par lequel la cour, sur l'appel de l'ordonnance du lieutenant civil, rendue en son hôtel, portant main-levée de l'Interdiction, a mis l'appellation et ce au néant; émendant, a déclaré cette ordonnance nulle, comme *incompétemment rendue*, etc.

Il est à observer que cette ordonnance, qui accordait la main-levée de l'Interdiction, laissait le sieur Brest dans l'impuissance de faire aucune aliénation qui lui fût préjudiciable, en lui nommant un conseil, sans lequel il ne pouvait disposer. Cette circonstance avait sans doute déterminé le juge à se dispenser des formalités rigoureuses.

La jurisprudence des autres cours est conforme à celle-ci. On cite un arrêt du parlement de Normandie, du 24 janvier 1665, entre Jean Turgot, Colombe et autres acquéreurs de Jacques Turgot. Jacques Turgot fut mis en curatelle dans toutes les formes; après la mort de son curateur, il en fut nommé un nouveau, sans autre solennité que la nomination des parens : il fut jugé que la curatelle ne laissait pas de subsister sur le fondement que l'interdit ayant été privé de l'administration de son bien par la voie de justice, il ne pouvait reprendre cette administration qu'en vertu d'un acte judiciaire, et qu'à plus forte raison toutes les aliénations faites depuis la mort de son premier curateur étaient nulles.

Cet arrêt juge en même temps que la nomination du nouveau curateur, par les parens seulement, est valable; autrement cette jurisprudence différerait du droit commun, qui veut que, faute de nomination d'un nouveau curateur, l'interdit rentre dans tous ses droits. Au surplus, nous ne citons cet arrêt que par rapport au motif qui l'a déterminé.

L'opinion de Ricard ne peut être suivie que dans un cas, celui où la personne qui aurait été relevée de son Interdiction, prétendrait se faire restituer contre des actes qu'elle aurait passés dans des instans où il serait prouvé qu'elle aurait eu toute sa raison.

Quant aux pays de droit écrit, autres que ceux du ressort du parlement de Paris, le sentiment de Ricard y prévaut : l'Interdiction pour démence y cesse de plein droit, dès que celui qui en était affligé, a recouvré sa raison.

II. La sentence de révocation doit être notifiée aux notaires, ou du moins au doyen des notaires. Mais l'omission de cette formalité n'empêcherait pas l'effet de la main-levée : les actes que l'interdit aurait faits depuis sa réhabilitation, n'en recevraient aucune atteinte.

Cette main-levée le rétablit dans la plénitude de ses droits : il intente, de son chef, toutes les actions que bon lui semble, même envers son curateur, pour raison de son compte de curatelle.

III. L'opinion la plus commune au Palais, est qu'une sentence d'Interdiction ne peut être détruite par provision. Il est d'usage de joindre au fond de l'appel, les demandes qui ont pour objet de renvoyer provisoirement l'interdit dans l'administration de ses biens. Cette opinion a deux arrêts en sa faveur : le premier dans l'affaire du sieur Lebret; l'autre, du 22 mai 1766, était dans une espèce des plus favorables.

La dame Maillet, de l'état de laquelle il s'agissait, avait elle-même provoqué son Interdiction, en déclarant au juge de Monte-

reau la faiblesse de son esprit. Sur son appel, elle demandait à être renvoyée provisoirement en possession de son état. La cour ordonna qu'avant faire droit, elle serait interrogée par le lieutenant général de Montereau. Ses neveux la prétendaient imbécille.

On ne distingue point si la sentence est contradictoire ou par défaut.

IV. Par arrêt du 24 mars 1781, le parlement de Paris a jugé 1°. qu'un interdit n'avait pas besoin de l'assistance de son curateur pour former sa demande en main-levée de son Interdiction; 2°. que cette demande devait être portée d'abord devant le juge du domicile de l'interdit, et non d'emblée devant la cour supérieure qui avait confirmé la sentence d'Interdiction. (M. MONTIGNY.)*

[[V. La législation nouvelle, sur tout ce qu'on vient de lire, est fixée par l'art. 512 du Code civil: « L'Interdiction (porte-t-il) » cesse avec les causes qui l'ont déterminée: » néanmoins la main-levée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'Interdiction, et » l'interdit ne pourra reprendre l'exercice » de ses droits qu'après le jugement de main-levée ».

L'art. 514 ajoute qu'à l'égard du prodigue à qui il a été nommé un conseil judiciaire, la défense de procéder sans l'assistance de celui-ci, ne peut être levée qu'en observant les mêmes formalités.

V. les articles *Conseil judiciaire*, *Prodigue* et *Tutelle*.]].

* INTERDICTION DE COMMERCE. C'est la défense que fait le prince aux négocians, marchands et autres de ses sujets, de faire aucun négoce de marchandises avec les nations contre qui il est en guerre, ou avec qui il juge à propos de leur défendre d'entretenir de correspondance d'aucune espèce.

Lorsque cette Interdiction est générale, elle comprend le commerce de lettres; et l'on conçoit que c'est la plus grande marque d'indignation que puisse donner un souverain contre les ennemis de son état.

L'Interdiction de commerce se fait en même temps que la déclaration de guerre; et elle ne se lève ordinairement qu'avec celle de la paix. Il y a cependant des guerres qui n'emportent pas l'Interdiction du commerce.

Tant que cette Interdiction subsiste, toute marchandise est de contrebande, soit qu'elle vienne du pays avec lequel on est en guerre, soit qu'elle y aille, et, comme telle, est sujette à confiscation, aussi bien que les voitures, équipages et vaisseaux qui servent aux transports.

Non-seulement cette Interdiction comprend toutes les marchandises des sujets des puissances belligérantes, elle s'étend encore à ceux des puissances neutres dans certains cas: par exemple, dans celui où des sujets de ces puissances porteraient des secours à des places bloquées, investies ou assiégées. L'art. 1er. du règlement du 26 juillet 1778, concernant la navigation des bâtimens neutres en temps de guerre, limitait cette Interdiction, par rapport aux navires. « A l'égard des navires des états neutres (portait » cet article) qui seraient chargés de marchandises de contrebande destinées à l'ennemi, ils pourront être arrêtés, et lesdites » marchandises seront saisies et confisquées; » mais les bâtimens et le surplus de la cargaison seront relâchés, à moins que lesdites » marchandises de contrebande ne composent les trois quarts de la valeur du chargement, auquel cas les navires et la cargaison » seront confisqués en entier, etc. ».

L'art. 2 de ce règlement assujétissait les maîtres des bâtimens neutres à justifier sur mer de leur propriété neutre, par des passeports, connaissemens, factures et autres pièces de bord; l'une desquelles pièces devait constater la propriété, ou en contenir l'énonciation précise, « et quant aux chartes-parties » (ajoutait l'article); et autres pièces qui ne » seraient pas signées, veut Sa Majesté qu'elles » soient regardées comme nulles et de nul » effet ».

Ce règlement contenait plusieurs autres dispositions, qui appartiennent plus particulièrement au mot *Prise*. (M. MONTIGNY.)*

[[*V.* le décret du 21 novembre 1806, qui déclare les îles britanniques en état de blocus; et l'article *Matelot*.]]

[[INTERDICTION DE DROITS CIVIQUES, CIVILS ET DE FAMILLE. C'est une peine correctionnelle qu'a établie, en ces termes, le Code pénal de 1810:

« Art. 82. Les tribunaux jugeant correctionnellement, pourront, dans certains cas, interdire en tout ou en partie l'exercice des droits civiques, civils et de famille, suivans: 1°. de vote et d'élection; 2°. d'éligibilité; 3°. d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois; 4°. de port-d'armes; 5°. de vote et de suffrage dans les délibérations de famille; 6°. d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfans; et sur l'avis seulement

de la famille; 7°. d'être expert ou employé comme témoin dans les actes; 8°. de témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations.

» 43. Les tribunaux ne prononceront l'Interdiction mentionnée dans l'article précédent, que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi ».

Cette Interdiction emporte-t-elle l'incapacité d'être arbitre? *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Arbitre*, §. 14.]]

INTERDICTION D'OFFICIERS. C'est l'acte par lequel il est défendu à des officiers de continuer leurs fonctions.

I. Un officier est interdit de plein droit lorsqu'il est décrété de prise de corps ou d'ajournement personnel. C'est ce qui résulte de l'art. 11 du tit. 10 de l'ordonnance du mois d'août 1670.

[[On ne connait plus, ni les décrets de prise de corps, ni les décrets d'ajournement personnel; mais l'état d'accusation produit aujourd'hui le même effet. *V.* l'art. 5 de la constitution du 22 frimaire an 8.]]

II. L'Interdiction se prononce, non-seulement contre certains officiers en particulier, mais encore contre des tribunaux, et même contre des cours souveraines.

Des lettres-patentes, du 1er. février 1580, prononcèrent une Interdiction contre les officiers du grand conseil, et leur firent défenses d'exercer aucune fonction de leurs charges, avant d'avoir reçu et installé en qualité de conseiller M. Philippe Canaye. Cette Interdiction ne dura que jusqu'au 5 du même mois.

Par une déclaration du 28 décembre 1658, le roi interdit le parlement de Bourgogne, fit défenses aux officiers qui le composaient de faire aucune fonction de leurs charges, et à toute personne de le reconnaitre, etc. Cette cour fut rétablie par une autre déclaration du 7 juin 1659.

Par une autre déclaration du 19 février 1782, le roi a interdit de ses fonctions la cour des aides de Clermont-Ferrand; et par une autre déclaration du 3 août de la même année, cette cour a été rétablie dans ses fonctions.

[[*V.* l'article *Censure*.]]

III. Il arrive assez souvent que les juges interdisent, pour un temps plus ou moins long, les avocats, les procureurs, huissiers, etc., à l'occasion de fautes ou de délits légers qui ne méritent point une instruction criminelle. [[*V.* le Code de procédure, art. 107, 132, 241, 360, 562 et 916; et le mot *Huissier*, §. 1, n°. 10.]]

Ceux qui sont ainsi interdits, ne peuvent, durant l'Interdiction, faire aucune fonction de leur charge, à peine de nullité et des dommages et intérêts des parties intéressées.

[[Ils encourent même une peine correctionnelle. *V.* le Code pénal de 1810, art. 197.

IV. Lorsqu'un avocat à la cour de cassation commet, dans l'exercice de ses fonctions au conseil des prises, une faute assez grave pour mériter une Interdiction à temps, est-ce par le conseil des prises, est-ce par la cour de cassation, que cette peine doit lui être infligée? Voici un arrêt de la cour de cassation, du 22 février 1808, qui répond à cette question :

« Le procureur général expose que le sieur...., avocat à la cour, et admis, en cette qualité, à postuler au conseil des prises, s'étant fait payer, pour quatre affaires dont il avait été chargé auprès de ce conseil, une somme de 13,160 francs, et en ayant donné, le 24 avril 1807, une quittance composée d'articles la plupart supposés et tous enflés sans mesure, sa conduite a été, sur la provocation du ministre de la marine et des colonies, dénoncée, par ordre du grand-juge ministre de la justice, à la chambre du collége des avocats dont il est membre, qui, après s'être adjoint dix autres membres du même collége, a pris, le 16 janvier dernier, une délibération par laquelle elle a estimé qu'il y a lieu de suspendre le sieur.... de ses fonctions, et que la suspension doit être illimitée.

» Cette délibération ne pouvant, d'après les art. 8 et 10 de l'arrêté du gouvernement du 23 frimaire an 9, recevoir aucune exécution, si elle n'est homologuée par l'autorité compétente, l'exposant à qui il en a été remis immédiatement une expédition, l'a transmise au grand-juge ministre de la justice, à l'effet d'examiner si c'était à la cour ou au conseil des prises qu'il appartenait d'y statuer.

» Le doute naissait de ce que c'est en sa seule qualité d'avocat au conseil des prises, que le sieur.... est prévenu d'avoir prévariqué.

» Mais ce doute a été levé par la réponse que le grand-juge ministre de la justice, a faite à l'exposant le 31 janvier dernier : « Quoique la prévarication imputée au » sieur.... (y est-il dit), n'ait point été com- » mise dans une affaire soumise à la cour » de cassation, elle n'en a pas moins le droit » d'en connaitre, puisque les fonctions que

» ces avocats exercent auprès du conseil des » prises, ne sont qu'un accessoire de celles » qu'ils remplissent auprès d'elle en cette » qualité. La cour, d'ailleurs, a seule l'é- » tendue d'autorité nécessaire pour main- » tenir la discipline parmi eux; car la sus- » pension que prononcerait le conseil des » prises ne pourrait jamais s'appliquer qu'aux » affaires de sa compétence, tandis que celle » prononcée par la cour s'étend à toutes les » fonctions que les avocats établis auprès » d'elle sont dans le cas d'exercer ».

» La compétence de la cour ainsi établie, il ne reste plus qu'à examiner si la délibération de la chambre des avocats, du 16 janvier, doit être homologuée, et si elle doit l'être purement et simplement ou avec quelque modification.

Pour résoudre cette question, il faut apprécier le caractère de prévarication dont le sieur.... est prévenu....

» Ce considéré, il plaise à la cour homologuer la délibération de la chambre des avocats, du 16 janvier dernier, et ordonner en conséquence que le sieur..... sera et demeurera suspendu indéfiniment de ses fonctions....

» Fait au parquet, le 5 février 1808. *Signé* Merlin.

» Vu le réquisitoire ci-dessus, les pièces y jointes, celles produites par..... pour sa défense; ouï le rapport de M. Gandon, juge à cette fin commis; le sieur..... introduit à la chambre du conseil, lui entendu et retiré, et ouï les conclusions de M. le procureur général; attendu, etc.;

» La cour homologue la délibération prise le 16 janvier 1808 par la chambre des avocats en la cour et au conseil des prises, qui a voté la suspension de..... de ses fonctions, et fixé la durée de cette suspension à trois mois, à dater du présent arrêt ».]]

V. Quand les fonctions de l'officier interdit pour un temps, sont des fonctions nécessaires, telles, par exemple, que celles d'un greffier, on doit nommer un commis pour les remplir durant l'Interdiction. On accorde à ce commis une partie des droits ou revenus de l'office pour son travail.

VI. Denisart a publié une doctrine non moins erronée qu'absurde, quand il a dit que l'*Interdiction des officiers emporte note d'infamie*. Ignorait-il que l'infamie, une fois encourue, est indélébile, et que parmi nous les infâmes sont incapables de toute fonction publique? Ne savait-il pas, d'un autre côté, que tous les jours on renvoie à leurs fonctions les officiers interdits, lorsque le temps de leur Interdiction est expiré? Si ce procureur eût fait attention que non-seulement les juges, mais même le législateur, ont souvent prononcé l'Interdiction pour des fautes légères, ou du moins qui ne peuvent être considérées ni comme des crimes ni comme des délits, il aurait sans doute préféré à son opinion celle de Loyseau, qui a écrit dans son Traité des offices, que l'*Interdiction n'est point infamante, et même que, pendant qu'elle dure, l'officier interdit peut acquérir un autre office et s'y faire recevoir.* (M. Guyot.)*

* INTERDICTION PAR VEUVAGE. Selon l'ancien usage de la France, dit Laurière, il n'était point permis aux pères et mères en veuvage, et en quelques lieux aux mères seules, de disposer de leurs propres, au préjudice de leurs enfans, ce qui était une suite d'un droit plus ancien, qui ôtait aux pères et mères la disposition de leurs biens sans le consentement de leurs enfans et même de leurs collatéraux.

Suivant le même auteur, on peut donner encore, pour raison de ce droit, que, la première investiture des fiefs emportant une espèce de substitution en faveur des descendans de l'acquéreur, il ne doit pas paraître extraordinaire que le consentement des descendans fût requis pour l'aliénation. Ce droit a été ensuite étendu des fiefs aux alleux par l'avarice des enfans et des collatéraux. *V.* l'article *Nécessité jurée*, et la Thaumassière sur la coutume de Lorris, titre des *fiefs*, art. 39, page 409.

Quoi qu'il en soit, la prohibition d'aliéner les fiefs en cas de viduité, formait autrefois le droit commun de la France. L'auteur du *Grand-Coutumier*, liv. 2, tit. 27, dit expressément : « Par la coutume des fiefs, si une » dame noble est demeurée veuve, et a au- » cuns enfans nés et procréés en légal ma- » riage, et elle vend aucun héritage, qui soit » propre à elle venu, descendu de père et » de mère, si les enfans n'y sont appelés et » consentans, la vendition est nulle, sup- » posée que ce fût pour la nécessité de son » vivre ».

Boerius, sur la coutume de Berry, tit. 5, *de feudis*, §. 2, dit aussi : *Per consuetudinem Parisiensem vidua habens liberos non potest etiam propriam rem feudalem sine consensu filiorum suorum vendere; et si fiat, est nulla.*

Le même auteur ajoute, §. 12 : *consuetudo est in loco de loweris, quod superstes conjux liberis stantibus, non potest donare nec dis-*

*ponere de proprietate bonorum etiam propriorum in præjudicium filiorum. (G. D. C.)**

[[Cette jurisprudence s'est conservée dans plusieurs coutumes jusqu'à la publication de la loi du 8-13 avril 1791, qui l'a abolie implicitement. *V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 2.]]

* INTERDIT EN MATIÈRE POSSESSOIRE. Ce mot est passé du droit romain dans le nôtre. Suivant le premier de ces droits, les avantages attachés à la possession, avaient l'inconvénient d'augmenter l'inclination qu'ont les hommes à se faire justice eux-mêmes; ils en venaient souvent aux querelles pour s'attribuer la possession ou s'y maintenir. C'est pour prévenir ces sortes d'excès qu'on eut recours aux *Interdits*.

Dans l'origine, on donnait ce nom à des formules par lesquelles le préteur ordonnait ou défendait quelque chose dans les demandes possessoires : *Formulæ vel conceptiones verborum, quibus prætor in causâ veræ vel quasi possessionis, aliquid fieri jubebat, aut prohibebat. (Pr.* Inst. *de interdictis.)*

Dans la suite, on donna le même nom à toutes les actions extraordinaires qui avaient pour objet principal de terminer sommairement les questions possessoires, en donnant à la demande même le nom du règlement qui en était le but.

Enfin, on donna par extension le nom d'*Interdits* à certaines demandes qui avaient pour objet la propriété même, mais qu'on dirigeait à peu près de la même manière que les actions possessoires.

Les Interdits, considérés relativement à l'état de celui qui formait la demande, tendaient à acquerir la possession qu'on n'avait pas et qu'on n'avait jamais eue, ou à retenir celle que l'on avait, ou enfin à rentrer dans celle que l'on avait perdue; de là leur première division en Interdits *adipiscendæ, retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*.

On pouvait aussi considérer les Interdits relativement à l'objet du jugement; et cet objet pouvait être, ou la restitution de la chose dont on avait été dépouillé, ou des défenses contre la partie qui faisait le trouble, ou enfin un interlocutoire qui ordonnait l'exhibition du titre, ou même celle de la personne à laquelle on contestait sa liberté. De là cette autre division en Interdits *restitutoria, prohibitoria* et *exhibitoria*.

Ces notions, qu'on trouvera développées avec beaucoup d'étendue dans les Commentaires du droit romain, sont nécessaires pour entendre nos anciens praticiens et quelques-unes de nos ordonnances, où les actions possessoires sont aussi appelées *Interdits*. Ce dernier mot est encore en usage dans quelques-unes des provinces régies par le droit écrit.

[[L'art. 5 de la coutume de Normandie porte qu'*au vicomte ou son lieutenant appartient la connaissance des Interdits entre roturiers. V.* Merville et Bérault sur cet article; et Terrien, liv. 8, chap. 2.]]

Mais, notre procédure actuelle est beaucoup plus simple que celle du droit romain, surtout depuis que Simon de Buci, premier président du parlement de Paris, introduisit cette maxime, que celui qui serait expulsé de son héritage ne perdrait que la possession de fait, et qu'il en conserverait la *saisine* ou possession de droit. Non-seulement on ne connaît point parmi nous cette distinction des Interdits *restitutoires, prohibitoires* et *exhibitoires*, mais il n'y a pas non plus d'Interdits, *adipiscendæ possessionis;* et toutes les espèces d'Interdits qu'on appelle plus communément *complaintes*, n'ont plus, à la rigueur, pour objet que la maintenue en possession, *Interdictum retinendæ possessionis.*

Cependant on distingue encore assez souvent, dans l'usage, la *complainte en cas de saisine et de nouvelleté*, qui est l'*Interdictum retinendæ possessionis*, et la *demande en réintégrande*, qui a lieu lorsqu'on a été dépouillé de fait de sa possession, et qui a beaucoup de rapports avec l'*Interdictum recuperandæ possessionis.* Mais l'*Interdictum adipiscendæ possessionis*, qui avait pour objet d'acquérir la possession qu'on n'avait jamais eue, est absolument hors d'usage parmi nous, comme l'ont observé Imbert, dans sa *pratique*, liv. 1, chap. 17, et Cujas, d'après lui, sur le titre du Code *undè vi.*

On ne connaît pas non plus l'Interdit *utrubi*, qui avait lieu pour les meubles. Il en est néanmoins fait mention dans quelques coutumes. *V.* l'article *Contraveu.*

On appelait autrefois *Interdit de simple ban*, une espèce d'Interdit prohibitoire « qu'on obtenait avant le trouble réel, et seulement sur les simples menaces ou jactances du turbateur, pour lui faire défenses de ne troubler de fait le complaignant ». C'est ce que Mazuër appelle *sauve-garde.*

V. les *Annotations* de Guénois sur la *pratique* de ce dernier auteur, titre 11, nº. 28, et les articles *Complainte, Dénonciation de nouvelle œuvre, Réintégrande*, etc. (M. Garran de Coulon.) *

* INTÉRÊT. C'est le profit que tire un créancier de l'argent qui lui est dû.

[[On se sert aussi du mot *Intérêt*, pour désigner l'action ou la part qu'on a dans une entreprise, dans une société, dans un bail, etc. Nous avons traité sous les mots *Communauté de biens entre époux*, §. 2, n°. 7, la question de savoir si ces sortes d'Intérêts sont meubles ou immeubles, quant à la communauté conjugale; et l'on trouvera à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 4, §. 1, les arrêts qui ont jugé celle de savoir s'ils peuvent ou non être substitués.

Pour ne parler ici que des Intérêts considérés dans leur première signification, nous diviserons cet article en sept paragraphes.]]

Dans le premier, nous donnerons un précis des règles que le droit romain avait établies relativement aux Intérêts;

Dans le second, nous parlerons des Intérêts qui sont dus de plein droit, soit par la nature de la créance, soit par la disposition de la loi;

Dans le troisième, des Intérêts qui peuvent être dus en vertu de la convention des parties;

Dans le quatrième, des Intérêts judiciaires [[et moratoires;]]

Dans le cinquième, de l'hypothèque des Intérêts;

Dans le sixième, du taux des Intérêts;

Et dans le septième, des différentes causes par lesquelles les Intérêts s'éteignent ou cessent de courir.

§. I. *Précis des règles que le droit romain avait établies relativement aux Intérêts.*

Anciennement les intérêts n'étaient connus que sous le nom de *fœnus* ou *usura*. Le terme d'*usure* ne se prenait point alors en mauvaise part, comme aujourd'hui.

Les Romains, quoique ennemis de l'usure, reconnurent que l'avantage du commerce exigeait qu'on retirât quelque Intérêt de son argent; c'est pourquoi la loi des douze tables permit le prêt à un pour cent par mois. Celui qui tirait un Intérêt plus fort, devait être condamné à la restitution du quadruple.

La cupidité s'étant accrue avec le luxe, on exigea des Intérêts si forts, que Licinius proposa en 376 une loi appelée de son nom *Licinia*, pour arrêter le cours de ces usures. Cette loi n'ayant pas été exécutée, Duillius et Mœnius, tribuns du peuple, en proposèrent une autre appelée *Duillia-Mœnia*, qui renouvela la disposition de la loi des douze tables.

Les usuriers ayant pris d'autres mesures pour continuer leurs vexations, le peuple ne voulut plus se soumettre même à ce que les lois avaient réglé à ce sujet, de sorte que, sur la proposition des tribuns, il modéra l'Intérêt à moitié de ce qui était fixé par la loi des douze tables; on l'appela *fœnus semiunciarium*, parce qu'il ne consistait qu'en un demi pour cent par mois.

Le peuple fit ensuite sur la proposition du tribun Genutius, une loi qu'on appela *Genutia*, qui proscrivit entièrement les intérêts. Ce plébiscite fut d'abord restreint au territoire de Rome, et n'eut pas lieu dans le reste du pays latin; de sorte qu'un Romain qui avait prêté de l'argent à un de ses concitoyens, transportait sa dette à un Latin, qui lui en payait l'intérêt, et ce Latin exigeait, de son côté, l'intérêt du débiteur.

Pour éviter ces inconvéniens, le tribun Sempronius proposa la loi *Sempronia*, qui ordonna que les Latins et les autres peuples alliés du peuple romain, seraient sujets à la loi *Genutia*.

Mais bientôt l'Interêt à douze pour cent redevint légitime; on stipula même de plus forts Intérêts; et comme cela était prohibé, on comprenait l'excédant dans le principal.

La loi *Gabinia*, l'édit du préteur, et plusieurs sénatus-consultes défendirent encore les Intérêts qui excéderaient douze pour cent; mais les meilleures lois furent toujours éludées.

Constantin le Grand approuva l'Intérêt à un pour cent par mois.

Justinien permit aux personnes illustres de stipuler l'Intérêt à quatre pour cent par an; aux marchands et négocians, à huit pour cent, et aux autres personnes à six pour cent; mais il ordonna que les Intérêts accumulés ne pourraient, en aucun cas, excéder le principal.

Il était permis par l'ancien droit, de stipuler un Intérêt plus fort dans le commerce maritime, parceque le péril de la mer tombait sur le créancier.

L'empereur Basile défendit toute stipulation d'Intérêts: l'empereur Léon permit l'Intérêt à quatre pour cent.

Pour le prêt des fruits ou autres choses qui se consument par l'usage, on prenait des Intérêts plus forts et qui revenaient à la moitié du principal.

Suivant le dernier état du droit romain, dans les contrats de bonne-foi, les Intérêts étaient dus en vertu de la stipulation ou par l'office du juge à cause de la demeure du débiteur; mais dans les contrats de droit étroit,

tel qu'était le prêt appelé *mutuum*, les Intérêts n'étaient point dus, à moins qu'ils ne fussent stipulés.

§. II. *Des Intérêts qui sont dus de plein droit, soit par la nature de la créance, soit par la disposition de la loi.*

I. Tout ce qu'on promet aux futurs époux en faveur de leur mariage, et qu'on ne leur paie pas immédiatement après la cérémonie nuptiale, s'il n'y a point de terme fixé, produit de droit des Intérêts, à compter du jour du mariage, sans qu'il faille pour cet effet constituer le débiteur en retard, ni former aucune demande judiciaire. Cette règle est fondée sur ce que les choses promises aux futurs époux sont destinées à soutenir les charges du mariage, qu'elles doivent remplir leurs objets aussitôt que ces charges commencent, et qu'elles ne le rempliraient pas si elles ne produisaient pas des fruits à compter du jour auquel le mariage a été célébré.

Si, en constituant la dot, on fixe un terme pour la payer, et qu'on stipule qu'il n'en sera point exigé d'Intérêts, cette stipulation empêche bien que les Intérêts ne courent jusqu'à l'échéance du terme fixé; mais, lorsqu'à cette époque on néglige de payer la dot, les Intérêts commencent à courir.

[[Je trouve dans *les Recueils manuscrits des anciens avocats du parlement de Pau*, un arrêt de cette cour, du 1er. septembre 1705, qui l'a ainsi jugé entre les nommés Lassus et Pucher de Montaner.

Par la même raison, la simple stipulation d'un terme pour le paiement de la dot, n'empêche pas les Intérêts de courir, lorsqu'il n'a pas été dit expressément qu'il n'en serait point dû; et telle est la disposition formelle du Code civil, art. 1440 et 1543.]]

Par arrêt du 31 mai 1633, rapporté au Journal des audiences, il a été jugé au parlement de Paris, que la remise des Intérêts d'une dot, qu'un fils avait faite à ses parens par son testament, était nulle, sur le fondement que ce testament était la preuve d'une contre-lettre au contrat de mariage.

Le logement, la nourriture et l'entretien fournis aux époux auxquels on a promis une dot, ne peuvent leur tenir lieu des Intérêts de cette même dot, à moins que cela n'ait été convenu expressément. Cependant, si celui qui doit l'Intérêt de la dot, ne s'est point assujéti à loger et entretenir les époux, ceux-ci sont obligés de lui tenir compte de cet entretien suivant l'estimation.

Si le fiancé avait reçu la dot promise pour le mariage de la fiancée, et que ce mariage n'eût pas lieu, ce fiancé serait tenu de restituer la dot avec les Intérêts, à compter du jour qu'elle lui aurait été délivrée. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 3 mars 1635, rapporté au Journal des audiences.

Lorsqu'une femme vient à se faire séparer de biens d'avec son mari, celui-ci doit restituer la dot et les autres biens de sa femme, avec les Intérêts ou fruits, à compter du jour de la sentence de séparation seulement, attendu que, jusqu'alors, il a été obligé de loger et entretenir sa femme; et qu'il est juste de compenser cette dépense avec les fruits ou revenus des biens qu'elle lui avait apportés. Un arrêt du 8 avril 1670, rapporté au Journal des audiences, l'a jugé ainsi.

[[Mais que devrait-on décider si, par suite d'une demande en séparation de corps et de biens pour mauvais traitemens, la femme avait été obligée de quitter son mari, et que celui-ci ne l'eût ni logée ni nourrie pendant l'instance? *V.* ci-après l'arrêt du parlement de Pau, du 29 mai 1730.]]

Si la femme survit à son mari, les Intérêts de la dot doivent lui être payés à compter du jour qu'il est décédé.

En Dauphiné, ils ne sont dus à la veuve ou à ses héritiers, que du jour où ils en ont formé la demande en justice. C'est une exception au droit commun.

[[Mais cette exception est abrogée par le Code civil. *V.* l'article *Dot*, §. 11, nº. 6.]]

Une femme a, pour le remploi de ses propres aliénés et pour les récompenses qui lui sont dues, le même privilége que pour sa dot: les Intérêts de ces reprises lui sont dus de plein droit.

[[L'art. 1473 du Code civil porte que « les » remplois et récompenses dus par la com- » munauté aux époux, et les récompenses et » indemnités par eux dues à la communauté, » emportent les Intérêts de plein droit du » jour de la dissolution de la commu- » nauté ».]]

Mais il n'en est pas de même du préciput accordé à la femme, ou de la somme qui en tient lieu, ni du deuil qui lui est dû après le décès de son mari: ces objets ne produisent des Intérêts à défaut de paiement, que du jour qu'elle a formé judiciairement sa demande à cet égard.

[[« Par contrat de mariage du 13 septembre 1713, passé entre Jean Coalat et Jeanne Prade, il fut constitué à celle-ci une somme de 500 francs et un ameublement; le mari promit à la femme un augment de 600 francs, en cas de décès sans postérité; la femme

n'en promit point de sa part. La dot fut payée.

» En 1728, la femme forma instance contre le mari, en séparation de corps et de biens, sur le fondement de mauvais traitemens qui l'avaient obligée à quitter sa compagnie. Le mari étant décédé pendant l'instance, la femme assigna Jeanne Palité, sa nièce et son héritière, en paiement de la dot, de l'augment et des habits de deuil, avec les Intérêts légitimes.

» Arrêt du parlement de Pau, du 24 mai 1730, qui adjuge à la femme la dot *avec les Intérêts depuis qu'elle a quitté la maison*, et la somme de 600 livres, pour l'augment *avec l'Intérêt depuis la demande*, outre les habits de deuil. La dot doit en produire de plein-droit, *causa est onerosa :* celle de l'augment, étant lucrative, n'a point cet effet ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau.*)

V. ci-après, §. 6, n°. 2, l'arrêt de la même cour, du 2 décembre 1733.]]

Dans les pays de droit écrit, le mari qui survit à sa femme, ne peut être obligé qu'après l'an du décès, à restituer la dot mobilière qu'il en a reçue, et pendant cette année il n'en doit aucun intérêt. C'est une décision expresse de la loi 1, C. *de rei uxoriæ actione.*

[[Mais elle est abrogée par le Code civil, *V.* l'article *Dot*, §. 11, n°. 6.]]

II. Lorsqu'une légitime consiste en immeubles, celui à qui elle est due, doit percevoir les fruits de ces immeubles du jour de l'ouverture de la succession; et si cette légitime consiste en deniers, les Intérêts en sont dus de plein droit depuis la même époque.

Non-seulement ces Intérêts sont dus au légitimaire, mais ils continuent encore de courir au profit de ses héritiers, soit ascendans, soit collatéraux, tant que la légitime n'a pas été acquittée.

Cette règle reçoit néanmoins, suivant La Peyrère, une exception au parlement de Bordeaux. On y juge que la légitime qui a passé en ligne collatérale, cesse de produire des Intérêts de droit, et qu'ils ne sont plus dus que du jour que le débiteur est mis en demeure de payer.

Mais de quel jour doit avoir les Intérêts de sa légitime, celui qui, après avoir renoncé à la succession qui la lui devait, s'est ensuite fait restituer contre sa renonciation ?

Lebrun, qui a traité cette question, la résoud ainsi :

« Si, dit-il, la renonciation a été nulle, comme celle qu'on aurait faite pour un même prix, tant à une succession échue, qu'à une succession à échoir, les Intérêts de la légitime sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession; mais si la restitution n'est ordonnée que sur le fondement de la lésion, comme quand elle a pour objet la renonciation qu'un mineur a faite de l'avis et autorité de ses parens, à une succession échue, les fruits ou Intérêts de la légitime qu'il a droit de prétendre, ne sont dus que du jour que la demande en a été formée. Il en serait de même de l'enfant majeur qui se serait contenté d'un legs pour sa légitime et en aurait donné quittance : s'il se faisait restituer contre cette quittance et qu'il demandât sa légitime, les Intérêts ne lui en seraient dus que du jour de sa demande ».

Cette distinction est fondée sur la différence qu'il y a entre une nullité absolue et une nullité relative. La possession de bonne foi des héritiers ou légataires universels, dans les deux derniers cas qu'on vient de proposer, leur fait gagner les fruits ou Intérêts jusqu'au jour de l'action en restitution.

[[Au surplus, *V.* les articles *Légitime*, sect. 9, §. 3, *Portion disponible* et *Réserve.*]]

III. Les héritiers d'une succession échue en ligne directe, sont tenus, lors du partage, de rapporter à la masse ce qui leur a été donné en avancement d'hoirie; et ce rapport doit être fait en nature, si les choses données sont encore dans la main de celui qui les a reçues, ou en deniers, si elles n'y sont plus, avec les fruits ou Intérêts à compter du jour de l'ouverture de la succession. C'est ce qui résulte de l'art. 309 de la coutume de Paris, qui forme à cet égard le droit commun des pays coutumiers.

L'enfant est assujéti à ce rapport, quand même il n'aurait pas d'ailleurs de quoi subsister, et qu'il aurait consommé les fruits ou Intérêts pour sa nourriture et son entretien : la raison en est que, dès l'ouverture de la succession, il gagne les fruits de sa portion héréditaire; d'où il suit qu'il ne doit pas gagner en même temps les fruits de la chose donnée en avancement d'hoirie.

Suivant l'art. 309 de la coutume d'Orléans, les fruits ou Intérêts des choses sujettes à rapport, ne sont dus que *du jour de la provocation à partage;* mais Pothier, sur cet article, observe que la première démarche qui tend au partage telle que la demande à fin d'inventaire, ou même sans demande, la première vacation à l'inventaire tient lieu, dans l'usage, de provocation à partage; et que, dès cet instant, le rapport des fruits ou des Intérêts est exigible.

L'art. 597 de la coutume de Bretagne veut pareillement que les fruits ou Intérêts de choses sujettes à rapport dans une succession, ne soient dus que du jour de la demande en partage : mais pour cet effet le moindre acte tendant à partage suffit dans la coutume de Bretagne comme dans celle d'Orléans. Telle est la jurisprudence du parlement de Rennes, comme le justifient les arrêts rapportés sur le vingt-septième plaidoyer de Frain.

[[Au surplus, les dispositions de ces deux coutumes sont abrogées par l'art. 856 du Code civil.]]

Quand un père ou une mère se sont démis de leurs biens en faveur de leurs enfans, il y a ouverture au rapport des choses qui ont été l'objet de la démission, immédiatement après le décès de celui qui l'a faite; et les fruits ou Intérêts de ces choses doivent être aussi rapportés depuis cette époque. Saligny, sur la coutume de Vitry, cite un arrêt du 30 juillet 1650, qui l'a ainsi jugé.

Lorsqu'en vertu d'une clause insérée dans le contrat de mariage d'un enfant, son père ou sa mère survivant doit jouir de la part du prédécédé dans la communauté, ou même de l'usufruit de tous ses biens, les fruits ou Intérêts des choses données en avancement d'hoirie, ne sont sujets à rapport que du jour du décès du survivant. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par un arrêt du 17 mars 1711, rapporté au *Journal des Audiences*.

Quand un héritier rapporte à une succession un héritage sur lequel il a fait des améliorations qui en ont augmenté le produit, et qu'il rapporte en même temps les fruits de cet héritage, à compter du jour de l'ouverture de la succession, ses co-héritiers sont obligés, non-seulement de lui payer ses améliorations, mais ils lui en doivent encore les Intérêts, à compter du même jour. Basset cite un arrêt du 18 août 1669, par lequel le parlement de Grenoble l'a ainsi jugé.

Au contraire, si un co-héritier avait dégradé un héritage sujet à rapport, il faudrait qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession, il rapportât les fruits de cet héritage sur le pied de ce qu'il produisait avant qu'il eût été dégradé. Ces décisions ont pour objet d'empêcher que la succession ne profite au préjudice d'un héritier, et qu'elle ne soit lésée par le fait d'un autre héritier.

Au reste, pour éviter toute espèce de compte relativement aux améliorations ou aux dégradations de l'héritage sujet à rapport, les co-héritiers peuvent laisser cet héritage à celui qui offre de le rapporter en nature, et se contenter du rapport de ce qu'il valait lorsqu'il a été donné, avec les Intérêts, à compter du jour de l'ouverture de la succession.

Lorsqu'un héritier paie à la décharge de la succession des deniers qu'elle ne pouvait acquitter, les intérêts lui en sont dus de plein droit à compter du jour du paiement. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 7 septembre 1702, rapporté au *Journal des Audiences*.

Une soulte de partage produit de droit des Intérêts, à compter du jour de l'ouverture de la succession, si les héritiers n'ont pas joui provisoirement en commun des revenus, ou à compter du jour du partage, si cette jouissance commune a eu lieu. S'il avait été stipulé que la soulte ne serait exigible que dans un an ou deux, et que pendant ce délai il n'en serait point payé d'Intérêts, il faudrait exécuter cette convention; mais après le délai écoulé, les Intérêts courraient de plein droit sans demande ni interpellation.

IV. Les Intérêts sont aussi dus de plein droit, lorsque, sans recueillir des biens à titre d'héritier dans une succession, on les recueille à quelque autre titre qui en tient lieu : c'est pourquoi dans les coutumes où les enfans ont le douaire en propriété, celui qui renonce à la succession de son père, pour s'en tenir au douaire que lui a fixé le contrat de mariage de son père et de sa mère, peut exiger les Intérêts de ce douaire, à compter du jour qu'il a eu droit d'en jouir.

La même règle doit s'appliquer au tiers coutumier que les enfans ont droit de prendre en Normandie, lorsqu'ils renoncent à la succession de leur père ou de leur mère.

[[Les enfans n'ont plus ni douaire ni tiers coutumier. *V.* l'article *Douaire*.]]

V. Si une somme est léguée à un parent collatéral, pour lui tenir lieu de sa portion héréditaire, ou de remploi de propres aliénés, les Intérêts d'un tel legs sont dus de plein droit, à compter du jour du décès du défunt. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 1er septembre 1710, rendu entre les légataires particuliers du sieur Étienne Deschamps, et la dame Cusan, sa légataire universelle.

[[Au surplus, *V.* l'article *Légataire*, sect. 4, §. 3, nº. 17.]]

VI. Lorsque le tuteur d'un mineur a perçu des deniers qui forment un capital assez considérable pour être employé en constitution de rente, ou en acquisition d'immeubles, il est obligé de rapporter à son mineur les intérêts de ce capital, s'il a négligé d'en faire emploi, à moins toutefois qu'un avis de pa-

rens, homologué par le juge, ne l'ait dispensé de cet emploi.

La même règle doit s'appliquer aux Intérêts des Intérêts, c'est-à-dire que le tuteur doit les Intérêts des sommes qu'ont produites les capitaux du mineur, lorsque ces Intérêts forment un objet assez considérable pour être employé à acquérir des rentes ou des héritages. C'est au juge à déterminer, selon l'état des personnes et des biens, de quelle importance doit être cet objet.

Ces Intérêts d'Intérêts doivent, suivant un acte de notoriété du châtelet, du 11 juillet 1698, « être comptés par accumulation jus- » qu'au jour de la majorité, et non par co- » lonne morte; mais après la majorité, le » débet composé des sommes principales, des » Intérêts et des Intérêts d'Intérêts, comptés » par accumulation, fait une somme fixe qui » produit des Intérêts, lesquels Intérêts n'en » produisent plus après la majorité, ou après » le compte rendu et clos, quand le mineur » a été émancipé ».

Ces règles ont été confirmées par un arrêt rendu au parlement de Paris le 11 août 1758, entre le sieur de Caumont, et la dame de Verton, sa fille, dont il avait été le tuteur. L'arrêt, après avoir condamné le sieur de Caumont à payer les Intérêts d'Intérêts de deniers non employés, à la dame de Verton, pour le temps de sa minorité, a ordonné qu'il serait fait un total des sommes qu'il lui devait à l'époque de sa majorité, tant pour capitaux que pour Intérêts et Intérêts d'Intérêts, et que ce total produirait des Intérêts au denier vingt, jusqu'à ce qu'il fût acquitté.

[[*V.* le Code civil, art. 455 et 456.]]

Il est aussi de principe que les Intérêts du reliquat d'un compte de tutelle sont dus de plein droit, à compter du jour de la clôture du compte, sans qu'il faille à ce sujet aucune demande ni interpellation. [[*Code civil*, art. 474.]]

En Normandie, l'art. 70 du règlement des tutelles, du 7 mars 1673, attribue au tuteur, relativement à ses avances, la même hypothèque sur les biens du mineur, que celle que le mineur a sur les biens de son tuteur pour raison de la tutelle, c'est-à-dire, depuis le jour de la sentence de tutelle; et l'Intérêt de ces avances est dû de plein droit au tuteur, à compter du jour où elles ont été faites, jusqu'à celui où elles ont été acquittées.

La même jurisprudence s'observe dans les parlemens de droit écrit.

Mais il en est autrement dans les autres pays coutumiers : outre que le tuteur n'y a hypothèque pour ses avances sur les biens du mineur, qu'à compter du jour de la clôture du compte de tutelle, l'Intérêt de ces mêmes avances ne lui est dû qu'à compter du jour qu'il en a formé la demande en justice.

[[L'art. 474 du Code civil porte que « les Intérêts de ce qui sera dû au tuteur par » le mineur, ne courront que du jour de la » sommation de payer qui aura suivi la clô- » ture du compte ».]]

VII. On a agité au parlement de Paris la question de savoir si le reliquat du compte des revenus d'un hôpital devait produire de plein droit des Intérêts : on disait pour l'affirmative, que les hôpitaux méritaient la même faveur que les mineurs, et que les administrateurs de ces établissemens étaient de véritables tuteurs; mais par arrêt du 6 juin 1735, la cour a décidé que les Intérêts d'un tel reliquat ne devaient courir que du jour de la demande qui en avait été faite en justice.

[[C'est aussi ce qui résulte de la règle générale qu'établit le Code civil, art. 1153.]]

VIII. Ce que nous avons dit de l'obligation du tuteur, de faire compte de l'Intérêt des Intérêts des deniers oisifs de ses mineurs, doit aussi s'appliquer aux curateurs des interdits. Deux arrêts, l'un du grand conseil, du 21 septembre 1689, et l'autre du parlement de Paris, du 27 janvier 1694, l'ont ainsi jugé. [[*V.* le Code civil, art. 509.]]

IX. Le prix d'un immeuble ou d'un bien réputé tel, comme un office, une rente foncière ou constituée, produit de plein droit des Intérêts, lorsqu'il est dû au vendeur, ancien propriétaire, ou à ses représentans.

[[Telle est la décision expresse de l'art. 1635 du Code civil. *V.* l'article *Lésion*, §. 1, n°. 4.]]

Mais cette décision n'a pas lieu en faveur de ceux qui ont prêté leurs deniers pour faire l'acquisition : il faut que le capital de ceux-ci soit aliéné pour qu'il puisse produire des Intérêts, ou s'il n'est pas aliéné, qu'ils en aient formé la demande en justice. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 22 juillet 1713, rapporté au *Journal des Audiences*. [[*V.* le §. suivant, n°. 10.]]

Si, par le contrat de vente, on stipule que l'acquéreur ne paiera le prix de son acquisition que dans un certain temps, et qu'il ne soit pas dit que les Intérêts de ce prix courront pendant le délai, le vendeur ne pourra les exiger qu'après l'expiration du délai : telle est l'opinion des jurisconsultes et la jurisprudence des arrêts. La raison en est

qu'on présume que les parties sont convenues d'un prix plus considérable qu'il n'aurait été sans le délai accordé à l'acquéreur pour le payer.

X. Par arrêt du 6 septembre 1723, le parlement de Paris, en infirmant une sentence du bailliage de Moulins, a jugé que les Intérêts d'une somme payée par un tiers détenteur, pour se maintenir dans son acquisition, lui étaient dus par le vendeur, son garant, depuis la date de la quittance.

Il a encore été jugé par le même arrêt que la somme que la caution avait payée à l'acquit du principal obligé, produisait de droit des Intérêts, à compter du jour de la quittance.

[[C'est ce qu'avait déjà jugé un autre arrêt de la même cour du 22 juillet 1682, rapporté au *Journal du Palais;* et ces décisions sont implicitement confirmées par l'art. 2000 du Code civil, suivant lequel, « l'Intérêt » des avances faites par le mandataire lui est » dû par le mandant, à compter du jour des » avances constatées »; car la caution est considérée comme mandataire du débiteur principal, à l'effet de payer pour lui; et cela est si vrai, qu'aux termes du §. 6, Inst. *de fidejussoribus*, c'est par l'action *mandati* qu'il doit demander son remboursement.

Au reste, le mandataire proprement dit doit, de son côté, « l'Intérêt des sommes » qu'il a employées à son usage, à dater de » cet emploi » : c'est la disposition expresse de l'art. 1996 du Code civil.

En est-il de même du dépositaire? *V.* ci-après, §. 4, n°. 13.]]

XI. Si un créancier opposant à une sentence d'ordre, vient à succomber sur son opposition, il doit les Intérêts des sommes qu'il a empêché de toucher, à compter du jour où les créanciers les auraient reçues sans cet obstacle. Et s'il y a plusieurs opposans de cette espèce, la répartition de ces Intérêts doit se faire entre eux proportionnellement au temps qu'ont duré les oppositions, et aux sommes pour lesquelles elles ont été faites. Desjaunaux rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 6 octobre 1694, qui l'a ainsi jugé.

[[Et cette décision est confirmée par l'art. 770 du Code de procédure civile : « La partie » saisie (porte-t-il), et le créancier sur le- » quel les fonds manqueront, auront leur » recours contre ceux qui auront succombé » dans la contestation, pour les Intérêts et » arrérages qui auront couru pendant le » cours desdites contestations ».

V. le plaidoyer et l'arrêt du 21 novembre 1809, rapportés dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 2.

XII. Il est un cas où l'obligation de restituer une somme indûment reçue, emporte l'obligation d'en payer les Intérêts à compter du jour où la somme a été touchée. *V.* ci-après, §. 4, n°. 2.]]

§. III. *Des Interêts qui peuvent être dus en vertu de la convention des parties.*

I. Suivant le droit commun des pays coutumiers, on ne peut stipuler aucun Intérêt pour le prêt appelé en droit *mutuum*. On tient pour maxime qu'un tel prêt doit être gratuit, parceque l'argent ne produit rien par lui-même, à la différence d'un héritage qui produit des fruits. Ainsi, quoique celui qui emploie les deniers qu'on lui a prêtés à exercer le retrait d'un héritage, ou à acquérir un immeuble, soit par ce moyen dispensé de payer des Intérêts de droit jusqu'à concurrence de la somme qu'il a empruntée, et qu'en conséquence il profite gratuitement des fruits de son acquisition jusqu'à la même concurrence, le prêteur ne peut pas pour cela stipuler valablement en sa faveur aucun Intérêt, quand même il serait subrogé aux droits de l'ancien propriétaire que l'acquéreur a payé avec les deniers de ce prêteur. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par différens arrêts.

De ce que la stipulation des Intérêts de deniers prêtés est défendue, il faut en conclure que les Intérêts que l'emprunteur a pu payer volontairement, peuvent en tout temps être répétés au prêteur; et que celui-ci est obligé de les restituer ou de les imputer sur le principal. C'est ce qui résulte d'un grand nombre d'arrêts du parlement de Paris. Il y en a un du 22 juillet 1712, rapporté au *Journal des Audiences*, par lequel cette cour a jugé que des Intérêts de cette nature, qui avaient été payés volontairement pendant 40 années, n'en devaient pas moins être restitués, parceque l'usure ne se prescrit pas.

II. Dans les pays régis par le droit écrit, les principes sur la stipulation des Intérêts de l'argent prêté, sont différens.

Suivant les lois romaines, il est permis de stipuler l'Intérêt des deniers prêtés; mais la jurisprudence des parlemens des différentes provinces de droit écrit n'est pas uniforme à cet égard.

Le parlement de Toulouse ne permet pas directement la stipulation des Intérêts, mais

il l'autorise indirectement, attendu que, quand les Intérêts convenus ou stipulés ont été payés, il n'en ordonne ni la restitution, ni l'imputation sur le capital, à moins qu'ils n'aient été excessifs. C'est ce qu'attestent Maynard, d'Olive, Cambolas, La Rocheflavin, Despeisses, etc.

Le parlement de Bordeaux ne permet pas non plus directement la stipulation des Intérêts, mais il les fait courir en vertu d'un simple commandement ou sommation sans demande judiciaire.

Dans le ressort du parlement de Grenoble, dans celui du conseil souverain d'Alsace, dans les pays de Bresse, Bugey, Gex et Valromey, il est permis de stipuler les Intérêts de l'argent prêté par obligation, et ces Intérêts sont dus à compter du jour qu'il a été convenu qu'ils seraient payés, sans qu'il soit besoin d'aucune sommation, demande ou condamnation à cet effet.

[Les stipulations d'Intérêts sont également permises dans le ressort du parlement de Navarre. C'est ce que prouve une lettre écrite par M. le premier président de cette compagnie, à M. le chancelier d'Aguesseau, le 6 janvier 1739, et qui est ainsi conçue :

« L'usage de trois provinces qui sont dans le ressort de ce parlement, et sa jurisprudence, ont toujours concouru à favoriser la stipulation des Intérêts dans le simple prêt.

» L'édit de 1679, qui a prononcé la nullité des promesses portant Intérêt, fit naître de grandes difficultés; elles donnèrent lieu à une déclaration du roi rendue en 1689, et elles furent enfin terminées, après un long et sérieux examen, par un arrêt du conseil du 8 septembre 1691.

» Il paraît par cet arrêt, que les principaux habitans de Béarn demandèrent à être maintenus dans l'usage où ils avaient toujours été de prêter à Intérêt par obligation ou par promesse indifféremment, et que le conseil trouva à propos d'autoriser généralement les Intérêts stipulés par acte public; et d'ordonner, pour ce qui concernait promesses, l'exécution de l'édit de 1679. C'est aussi la seule différence que le parlement ait observée depuis lors dans ses jugemens à l'égard de la stipulation des Intérêts.

» L'édit du mois de mars 1720, qui avait réduit les rentes au denier 50, causa de nouvelles alarmes, le parlement de Navarre fit des remontrances; et sa majesté donna, le 29 juin de l'année suivante, une déclaration particulière pour le Béarn, la Navarre et la Soule, qui a confirmé l'usage de stipuler les Intérêts dans les simples obligations et dans les prêts qui sont faits pour le commerce ou pour l'emploi des dots et des légitimes. L'ancienneté de cet usage, les avantages qu'il procure, en entretenant le commerce avec l'Espagne, et en facilitant le paiement des impositions, la médiocrité des fortunes et la médiocrité des dots et des légitimes, portées seulement à dix ou douze mille livres, même dans les maisons les plus distinguées, donnèrent lieu à cette dernière déclaration, mais ces raisons paraissent assez communes, et peu exactes dans le fait : il semble qu'on aurait pu en trouver de plus justes et de plus essentielles dans les propres lois du pays.

» Les biens de toutes les familles sont responsables, par la coutume, des dots de la mère et de l'aïeule; la jurisprudence du parlement a même étendu la disposition de cette loi jusqu'à la dot de la bisaïeule, lorsqu'elle a été judiciairement demandée par le débiteur après une saisie; de sorte qu'un fils a le droit de conserver ces trois dots, au préjudice des créanciers de son père. D'ailleurs, les légitimes des cadets, qui sont réversibles, sont affranchies par leur nature de toute hypothèque.

» S'il y avait une province dans le royaume où les familles de tout rang et de tout état fussent chargées de substitution, il n'y a pas d'apparence qu'on s'empressât beaucoup à leur donner de l'argent à constitution de rentes. Celles du Béarn, de la Navarre et de la Soule, sont, par l'effet de leur coutume, engagées dans des liens encore plus forts; car si le débiteur a pris la précaution de se faire assigner les dots sur la généralité de ses biens aux formes ordinaires, le créancier qui trouverait assez de ressource dans le prix des biens pour son paiement et pour celui des dots, ne pourrait pourtant faire valoir ses droits qu'après avoir remboursé la valeur des dots; et elles montent souvent à une somme assez forte pour mettre le créancier hors d'état de la payer, et par conséquent dans la nécessité de perdre sa créance.

» La liberté d'exiger après l'année, qui est le terme ordinaire, le sort principal avec les Intérêts, rend la condition du créancier moins fâcheuse; parceque si le débiteur ne paie point au terme échu, le créancier est reçu à prendre la possession de tous ses biens, même de ceux qui sont douteux ou responsables des dots; et il a le droit d'en jouir pendant la vie du débiteur, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû; il arrive pourtant assez souvent que le débiteur vient à mourir avant que le créancier ait eu le temps

de se faire payer, par rapport à la longueur des procédures et au nombre des arrêts nécessaires dans ce dernier cas.

» C'est sans doute la singularité de ces coutumes qui a rendu les contrats de constitution de rente, pour ainsi dire, impraticables, et presque inconnus dans le ressort de ce parlement; et on croit que, pour pouvoir y introduire un autre usage sans inconvénient, il faudrait y établir d'autres lois, avec lesquelles il pût compatir. Le parlement de Navarre a favorisé celui qu'on y observe aujourd'hui; les autres cours supérieures n'ont pas fait difficulté de s'y conformer dans les procès de renvoi; le prince a trouvé à propos de l'autoriser dans ces trois provinces; toutes ces raisons y font regarder cette matière comme dépendante de la police de l'état, et l'on pense ici que ce n'est que par l'abus qu'un pareil usage peut dégénérer en prêt usuraire ».]

En Dauphiné, les Intérêts sont exigibles du jour où le débiteur est en demeure de payer l'obligation, quand il y a promesse de paiement à un jour fixe et déterminé, *à peine de tous dépens, dommages et Intérêts*. Cette clause équivaut à une stipulation d'Intérêts, et les fait courir sans qu'il faille aucune sommation ni interpellation préalable.

La stipulation d'Intérêts est aussi autorisée en faveur du commerce de la ville de Lyon, pourvu qu'il s'agisse d'obligations passées entre marchands ou négocians, et qu'elles soient payables à l'un des termes de paiement des foires qui se tiennent en cette ville quatre fois par an. C'est ce qui résulte de différentes lois, et particulièrement de l'ordonnance de Philippe VI, de 1349; de celle de Louis XI, de 1462; de celles de Henri III, de 1580 et 1581; de l'édit de Henri IV, du mois de juillet 1601; de celui de Louis XIII, du mois de mars 1634, et de ceux de Louis XIV, de décembre 1665 et septembre 1679.

[III. Les provinces Belgiques ont une loi célèbre sur la stipulation d'Intérêts dans le prêt simple: c'est un placard de Charles-Quint, du 4 octobre 1540. Voici ses termes:

« Art. 8. Pour ce qu'aucuns marchands, hantant et fréquentant nosdits pays, postposant leur bonheur et salut, s'avancent pour nourrir leur avarice, faire seulement marchandise d'argent en le donnant à gain excessif, et faire distinction entre Intérêt qui est permis aux bons marchands, selon le gain qu'ils pourraient raisonnablement faire, et usure défendue à tous chrétiens, au très-grand préjudice de la chose publique; de sorte que, sans y pourvoir avec succession de temps, tout le faire de marchandise se convertirait en usure qui tout causerait la perdition des âmes et énorme préjudice à la chose publique, signamment ès pays de pardeça: nous, en ce veuillant pourvoir, tant pour le salut desdits âmes, conservation de notre foi chrétienne, que pour éviter lesdits inconvéniens, avons ordonné et statué, et par cette, ordonnons et statuons que nuls marchands hantant et fréquentant nosdits pays, *ne pourront donner argent à frais ou gain plus haut qu'à raison du denier douze pour cent, pour un an, et en dessous*, selon le gain que vraisemblablement ils pourront faire, employant ledit argent en marchandise; en déclarant tous contrats et obligations par lesquels on prendrait plus grand gain que dit est, usuraires et comme tels nuls et de nulle valeur.

» 9. Et si défendons à tous nos sujets, de quelle condition ou état qu'ils soient, non se mêlant du fait de marchandise, et non ayant société à gain et perte avec marchands, pour avoir gain certain chacun an, à peine de confiscation dudit argent; et par dessus ce d'être tenus et réputés usuriers publics, et comme tels punis et corrigés ».

Le sens de ce dernier article est assez clair: il en résulte que ceux qui ne sont pas marchands ou négocians de profession, ne peuvent tirer par stipulation aucun Intérêt de l'argent qu'ils prêtent; ce qui aurait lieu même dans le cas où le prêteur non marchand se serait fait donner par celui à qui il aurait prêté, une reconnaissance en forme de billet à ordre, qu'il aurait ensuite fait passer dans le commerce, comme l'a préjugé un arrêt du parlement de Douai, du 22 mai 1776, rapporté, avec ses circonstances, aux mots *Exécution parée*, §. 1, n°. 2.

L'autre article a occasioné plus de difficultés. Il permet aux marchands de profession de prêter à douze pour cent, *pour un an*: ces mots, *pour un an*, signifient-ils simplement qu'un marchand ne peut exiger plus de douze pour cent chaque année à titre d'Intérêt; ou doit-on en conclure que la faculté accordée aux marchands de prêter à Intérêt à raison de douze pour cent, est limitée à une année?

Zypœus, dans sa *Notitia juris Belgici*, Anselme, dans son *Tribonianus Belgicus*; Stockmans, dans son Recueil d'arrêts du conseil de Brabant, embrassent ce dernier parti; et la raison qu'ils donnent de leur interprétation, est qu'il n'est point vraisemblable qu'un marchand puisse gagner douze pour cent pendant plusieurs années de suite, en employant son argent au commerce; qu'ainsi, l'Intérêt

d'une somme qu'il prête, ne devant lui servir que d'indemnité, ne peut être fixé chaque année à un taux aussi considérable; que la stipulation de douze pour cent était la plus grosse usure qui fût tolérée par le droit romain; qu'elle n'était même permise que pour le commerce d'outre-mer et ne courait que pendant le temps du trajet maritime.

Les partisans de cette opinion sont divisés sur une autre question qu'elle fait naître naturellement: c'est de savoir si au moins un marchand ne peut pas prêter pour plusieurs années sur le pied de cinq ou six pour cent?

La négative a été adoptée par trois arrêts, l'un du conseil souverain de Brabant, du 28 janvier 1651, les deux autres du parlement de Flandre, des 20 juin et 3 juillet 1704.

Mais le contraire a été jugé depuis dans ce dernier tribunal. Agnès Le Roi, veuve de Gabriel Brico, avait créé au profit de Roland Sagé, une lettre de change de quinze cents livres: quelque temps après l'échéance, Jean Le Roy, exempt de la maréchaussée de Flandre, avait passé une obligation, au profit de Sagé, par laquelle il s'était chargé de la dette, et avait promis de l'acquitter dans dix ans, avec les Intérêts qui courraient jusqu'au plein paiement. Le terme arrivé, Le Roy offrit le capital, mais refusa les Intérêts. Les prévôt et jurés de Tournai le condamnèrent au paiement des dix années d'Intérêts, et le parlement de Flandre confirma leur sentence par un arrêt du 4 décembre 1705.

Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, interprète le placard dont il s'agit ici, de manière à faire cesser cette question secondaire: « Les mots *pour un an* » (dit-il), ne signifient point, comme quelques-uns l'ont prétendu, que les marchands » ne peuvent prêter à Intérêt au-delà d'un an; » mais qu'ils ne peuvent exiger au-delà de » douze pour cent pour l'Intérêt d'une année: » c'est pourquoi si un marchand prête pour » l'espace de deux ans, il lui est permis de » stipuler vingt-quatre pour cent d'Intérêt, » pour les deux années ».

Cette interprétation paraît être assez du goût de Pollet; car il dit, dans son recueil d'arrêts, « qu'on peut raisonnablement douter si les termes de l'édit (ou placard de » Charles-Quint) sont assez précis pour en » induire la restriction de la faculté de prêter » à Intérêt, à une année ».

Il résulte de tout cela que la jurisprudence Belgique n'est ni uniforme ni certaine sur cette matière.

Le placard de 1540 a été adressé et enregistré aux conseils souverains de Hollande et d'Utrecht; mais il n'est plus observé dans l'une ni dans l'autre province, quant à la défense qu'il fait aux particuliers non marchands de prêter à Intérêt.

Cette diversité de jurisprudence donne lieu à la question de savoir si une stipulation d'Intérêts pour argent prêté, faite en Hollande où elle est permise, peut être exécutée contre un débiteur domicilié en Brabant, en Flandre, en Artois, en Hainaut, où elle est défendue.

Un principe bien simple paraît d'abord devoir nous conduire à la décision de cette difficulté. Pour juger de la légitimité d'une clause relative aux droits qui naissent d'un contrat au moment même où il se passe, il faut suivre la loi du lieu du contrat même: *In concernentibus contractum et emergentibus tempore contractûs, spectatur locus in quo contrahitur*, dit Dumoulin sur la coutume de Paris, §. 12, gl. 7, nos. 35, 36 et 37. Or, dans notre espèce, la loi du lieu du contrat autorise les stipulations d'intérêts; cette stipulation est donc légitime.

En vain dirait-on que cette stipulation est regardée parmi nous comme usuraire: dès qu'elle n'est pas usuraire dans le pays où elle a été faite, nos juges ne peuvent pas la proscrire. La jurisprudence du parlement de Paris nous en fournit la preuve: quatre arrêts de cette cour, des années 1598, 1641, 1648 et 1654, ont condamné des débiteurs à payer les rentes qu'ils avaient constituées, au taux réglé par la loi du lieu où les actes avaient été passés, quoique ce taux fût plus fort que celui de leur domicile.

Ces raisons paraissent décisives, mais elles n'écartent pas encore toutes les difficultés. Il est vrai que, pour juger de la légitimité d'une stipulation d'Intérêts, on doit suivre l'usage du pays où le contrat a été passé; la loi 1, D. *de usuris*, le décide même en termes exprès: *Cùm judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est, constituitur.* Mais il faut pour cela, dit la même loi, que ces Intérêts soient licites: *ita tamen ut legem non offendat.* Or, la jurisprudence hollandaise qui autorise les stipulations d'Intérêts, pour argent prêté, sans distinguer si le prêteur souffre ou non quelque dommage de l'absence de son argent, cette jurisprudence n'est-elle pas contraire au droit divin, que les Hollandais doivent certainement reconnaître comme les autres peuples?

S'il m'est permis de m'expliquer sur une question aussi ardue, je regarde cette seconde opinion comme la plus exacte dans le système

consacré par nos lois, que le droit divin prohibe le prêt à Intérêt; mais j'embrasse la première comme la plus équitable. En effet, serait-il juste qu'un Français refusât à un Hollandais le paiement des Intérêts qu'il lui a promis en recevant son argent en Hollande? Ce Hollandais a contracté de bonne foi; l'autorité publique a présidé à sa stipulation; comment pourrait-il être trompé, après avoir traité sous des auspices aussi respectables? D'ailleurs, déclarer en France un pareil contrat usuraire, ne serait-ce pas inviter les Hollandais à se défier de nous? Ne serait-ce pas leur dire : quand un Français vous demandera de l'argent, fermez lui votre bourse et votre cœur; *cornu ferit ille, caveto?*

Des considérations aussi importantes doivent sans contredit l'emporter sur quelques raisons de droit : il ne faut pas toujours voir les choses en jurisconsulte, il faut quelquefois les envisager en politique; l'Intérêt public est de toutes les lois la plus inviolable et la plus sacrée : *salus populi, suprema lex esto.*

C'est sans doute par ces motifs que le parlement de Flandre a rendu, les chambres assemblées, l'arrêt du 3 mai 1709, dont l'espèce [[est rappelée au mot *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 5]]. Cet arrêt juge d'abord, comme celui du 13 juillet 1706, qu'il réforme en partie, que l'usure ne se couvre par aucun laps de temps : la baronne de Ravesbergue se faisait cependant un moyen de l'espace pendant lequel les intérêts avaient été payés volontairement. Secondement, en réformant, à cet égard, celui du 13 juillet 1706, il juge que, pour décider de la légitimité des Intérêts d'un simple prêt, il ne faut consulter que la loi du lieu où l'acte a été passé.

Cet arrêt est rapporté par Desjaunaux, tome 3, §. 96.

Pollet, qui en fait aussi mention dans la première partie de son recueil, après avoir dit que le parlement s'est déterminé à juger ainsi par la règle *locus regit actum*, ajoute qu'il est d'ailleurs décidé par la loi 40, D. *de condictione indebiti*, que celui qui a payé une dette contre laquelle il avait une bonne exception, ne peut répéter ce qu'il a payé, si l'exception est introduite en haine du créancier; que celle qu'on accorde à un débiteur d'Intérêts usuraires, est de cette nature; et que, sur ce fondement, la loi 26 du même titre ôte au débiteur la faculté de répéter les Intérêts qu'il a payés indûment.

On s'étonne de voir sortir de pareilles raisons de la plume d'un magistrat d'ailleurs très-éclairé. L'exception accordée au débiteur qui s'est obligé à payer des Intérêts usuraires, n'a pas moins sa source dans la commisération du législateur pour les besoins pressans du débiteur forcé par l'aiguillon de la nécessité de souscrire à tout, que dans l'avarice et l'insatiabilité du créancier : aussi est-il constant que le débiteur qui a payé des Intérêts usuraires, peut les répéter; cela est même ainsi réglé par la loi 26, D. *de condictione indebiti*, que Pollet a tronquée en la citant. Cette loi dit que, quand on a payé des Intérêts indûment, on doit, au lieu de les répéter, les imputer sur le principal; mais que, quand le principal est acquitté, on peut les répéter. C'est ce qui est encore décidé nettement par la loi 3, C. *de usuris*, par un arrêt du parlement de Flandre, du 2 juillet 1694, rapporté par Desjaunaux, et par un autre du parlement de Paris, du 22 juillet 1713, rapporté au Journal des Audiences. C'est aussi ce qu'a préjugé l'arrêt de révision dont nous venons de rendre compte, puisqu'avant de prononcer sur l'imputation des Intérêts au principal et sur la restitution de l'excédant, il a chargé le créancier de prouver que ces Intérêts n'étaient pas réputés usuraires dans le pays où avait été faite la promesse de les payer.]

[[Au surplus, *V.* le n°. suivant, et le plaidoyer du 14 messidor an 13, rapporté à l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2, art. 5.

IV. En Lorraine, il existe sur l'usure diverses ordonnances des anciens ducs, dont Riston, dans son *Analyse des coutumes sous le ressort du parlement de Lorraine*, imprimé à Nancy, en 1782, page 319, nous présente ainsi la substance.

« Ces lois indiquent assez que les contrats de prêts de deniers à temps étaient en usage dans leurs états. Dans le détail des espèces de prêts où l'usure est prohibée par ces lois, on y voit rappelés, comme permis, les contrats obligatoires, comme ceux à constitution de rente et autres. (*Ordonnances du 15e mai 1553, 2 septembre 1586 et 30 juillet 1646, et plusieurs autres*).

» Louis XIII occupant la Lorraine, nombre de débiteurs lui demandèrent la conversion des contrats obligatoires en constitutions, et furent déboutés par arrêt du conseil, du 18 avril 1646.

» Louis XIV fit donner des ordres au parlement de Metz, sous lequel ressortissait la Lorraine, de suivre dans ses jugemens l'usage de ce duché sur les obligations.

» Nonobstant cet usage, qu'aucun ordinaire n'avait encore censuré, l'évêque de Toul donna, le 25 avril 1679, une lettre pastorale qui présentait l'obligation pour prêt de deniers comme usuraire.

» Un avocat célèbre (M. Guinet), ayant tenté, l'année suivante, de mettre au jour une opinion contraire, par l'impression d'un petit livre sous le titre de *Factum*, l'évêque de Toul, successeur de celui qui avait fait la censure, et qui avait gardé le silence sur le factum, donna, 23 ans après, une ordonnance portant condamnation du livre.

» Mais sur les réquisitions de M. le procureur-général Boursier, la cour souveraine déclara nulle l'ordonnance épiscopale par arrêt du 5 octobre 1703, et l'on a continué les contrats obligatoires en Lorraire ».

Ce que nous disons de l'ancien droit de la Lorraine, doit s'entendre aussi de la partie du Barrois qui ressortissait du parlement de Nancy.

A l'égard de l'autre partie de la même province, il y a un arrêt du parlement de Paris, du 6 août 1682, qui, « faisant droit sur les » conclusions du procureur-général du roi, » ordonne que l'usage toléré dans quelques » villes et villages du Barrois, ressortissant » au bailliage de Bassigny, séant à la Marche, » de stipuler des Intérêts d'un capital qui » n'est point aliéné, continuera d'y avoir lieu, » lorsque le prêteur et l'emprunteur seront » domiciliés dans lesdits lieux seulement, » jusqu'à ce qu'il ait plu au roi d'en ordonner » autrement, et sans que les paiemens d'Intérêts, pour un capital non aliéné, puissent avoir lieu entre ceux qui ne sont pas » domiciliés dans l'étendue desdits villes et » villages ».]]

V. Autrefois il était permis, tant en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, de prêter les deniers des mineurs avec stipulation d'Intérêts et sans aliénation du capital : Leprestre et Louet rapportent plusieurs anciens arrêts par lesquels le parlement de Paris avait autorisé cet usage. Mais on a reconnu dans la suite que cette jurisprudence était contraire aux dispositions de l'art. 102 de l'ordonnance d'Orléans; la même cour a en conséquence déclaré de pareilles stipulations nulles et usuraires, et a ordonné l'imputation des Intérêts sur le capital, sauf le recours des mineurs contre les tuteurs. C'est particulièrement ce qui résulte d'un arrêt du 28 août 1696, d'un autre du 20 janvier 1711, et d'un troisième du 7 mai 1714. Il a été ordonné que ce dernier arrêt serait lu, publié et enregistré dans tous les siéges du ressort de la cour, pour y servir de réglement.

Le parlement de Bretagne autorisait autrefois, comme avait fait le parlement de Paris, la stipulation d'Intérêts pour prêt de deniers dus à des mineurs; mais cette jurisprudence a aussi été changée par le réglement des tutelles de Bretagne du mois de décembre 1732. L'art. 23 de cette loi porte que l'*art. 102 de l'ordonnance d'Orléans sera exécuté; et qu'en conséquence les deniers pupillaires ne pourront être employés qu'en acquisition d'immeubles ou de rentes constituées.*

On en use autrement dans la province de Normandie : l'art. 41 des arrêtés du parlement de Rouen du 17 mars 1673, concernant les tutelles, autorise le tuteur *à bailler en constitution de rente les deniers des mineurs, à la charge de les rendre audit mineur, tant en principal qu'Intérêt après sa majorité.*

Mais cette cour a jugé, par arrêt du 17 juin 1667, que ce privilége des mineurs ne devait pas être étendu aux communautés. Cet arrêt, en infirmant la sentence du premier juge, a déchargé Noël Le Coq de payer les Intérêts d'une somme qu'il avait empruntée des habitans de Membre, à condition de rendre le capital quatre ans après le prêt.

[Il a été un temps dans la Belgique, où, comme en Normandie, les tuteurs pouvaient tirer des Intérêts d'une somme de deniers pupillaires, sans aliéner le principal. Mais cette jurisprudence y a été abolie par l'art. 21 du placard du 1er. juin 1587. Philippe II, roi d'Espagne, défend par cette loi aux tuteurs de passer dorénavant de semblables contrats, *à peine que, ceux contre qui les feront ou ne changeront ceux déjà faits, sera procédé comme contre usuriers ; et, en tous cas*, ajoute-t-il, *déclarons tels contrats nuls et illicites pour l'avenir.*]

VI. Lorsqu'on vend, soit une universalité de meubles, ou des meubles particuliers, qui peuvent produire des fruits, il est permis de stipuler les Intérêts du prix de la vente. Ainsi, lorsqu'un particulier qui veut sortir de la ville où il est domicilié, vend tout son mobilier moyennant un prix payable dans un certain temps, il peut stipuler que les Intérêts de la somme due lui seront payés jusqu'à ce que le capital soit acquitté.

Pareillement, quand un marchand vend son fonds de commerce, ou un procureur son office avec sa pratique, ils peuvent stipuler que les Intérêts du prix convenu seront payés jusqu'au terme fixé pour acquitter le capital.

Le sieur et la dame Blondel avaient pris à bail une grande maison, située à Paris, rue Jacob, pour en faire des appartemens garnis; ils avaient mis des fonds assez considérables dans cette entreprise ; le succès a répondu à leur attente.

Lorsqu'ils ont voulu se retirer, le sieur Quillet s'est présenté avec beaucoup d'autres personnes pour prendre le bail et acquérir le fonds de commerce, c'est-à-dire, l'universalité des meubles qui garnissaient l'hôtel. Le sieur et la dame Blondel lui ont donné la préférence. En conséquence, les parties ont souscrit, le premier mai 1773, un acte double, mais sous signature privée, par lequel le sieur et la dame Blondel se sont engagés à vendre, et le sieur et la dame Quillet à acheter le fonds de commerce dont il s'agit, moyennant le prix auquel il serait porté par estimation d'experts choisis de part et d'autre, sur lequel prix serait payée comptant au moins une somme de 12,000 livres, et le reste par terme d'année en année, à raison de 5000 livres, avec les Intérêts à 5 pour 100, dont il serait fait des billets solidaires par Quillet et sa femme. A l'égard du loyer de l'hôtel, il fut convenu qu'il serait le même que celui qui était porté par les baux dont jouissaient le sieur et la dame Blondel, c'est-à-dire, de 7500 livres par an; mais que les preneurs paieraient comptant, par anticipation, 3750 livres pour six mois, à imputer sur les six derniers mois de jouissance. Il fut aussi arrêté par le même écrit, que les parties en passeraient acte devant notaires. En exécution de cet écrit, les meubles ont été estimés, et le prix fixé à 50,000 livres; le sieur et la dame Quillet en ont pris possession.

Le 27 juillet 1774, les parties se sont retirées chez Bronod, notaire, pour passer définitivement la vente des meubles et la cession des baux. Lorsqu'il s'y est agi de stipuler les Intérêts du prix de la vente, le clerc qui rédigeait l'acte, a prétendu qu'une pareille stipulation était illicite, et a refusé de l'insérer dans le contrat. Enfin, les parties ont imaginé un autre moyen pour terminer leur marché; par le contrat qu'elles ont passé, le sieur et la dame Blondel ont donné quittance fictive de 52,000 livres : savoir, 50,000 livres pour le prix de la vente des meubles, et 2000 livres pour le complément des 12,000 livres que Quillet et sa femme devaient payer en entrant en jouissance; et en même temps, en exécution de l'acte sous seing-privé, le sieur et la dame Blondel ont accordé à Quillet et à sa femme un délai de dix années, pour payer les 50,000 livres de principal, à raison de 5000 livres par an. D'après cela, les parties sont convenues verbalement, que de ce principal et des Intérêts des sommes que Quillet et sa femme ne pouvaient payer comptant, ils feraient, aux termes du premier acte, des billets particuliers, payables aux époques fixées par le contrat qui se passait devant notaire; et enfin, que l'acte sous seing-privé resterait en nature jusqu'à son entière exécution.

Telles étaient les conventions des parties; elles ont été fidèlement exécutées pendant la première année : Quillet s'était même soumis, le 26 janvier 1775, par un écrit signé de lui, à compter des Intérêts. Mais l'année suivante, ayant refusé de les payer, il a été assigné par le sieur et la dame Blondel. Loin de satisfaire à la demande de leurs vendeurs, Quillet et sa femme ont réclamé contre le premier paiement qu'ils avaient fait des Intérêts du prix de leur acquisition, et ont soutenu qu'ils n'en devaient point. Dans le cours de l'instruction de l'affaire, ils ont été interrogés sur faits et articles.

Le 8 juillet 1777, sentence est intervenue au Châtelet, qui, sans avoir égard, ni à l'écrit du 1er. mai 1773, ni aux interrogatoires sur faits et articles, a déclaré nul l'écrit fait le 26 janvier 1775, a déchargé le sieur et la dame Quillet du paiement des Intérêts du prix principal de leur acquisition; a condamné le sieur et la dame Blondel à leur restituer ceux qui avaient été ci-devant payés, et a ordonné l'exécution pure et simple du contrat du 27 juillet 1774 ».

Mais sur l'appel porté au parlement de Paris, la sentence du châtelet a été infirmée par arrêt rendu sur délibéré le 30 janvier 1778; et en conséquence, Quillet et sa femme ont été condamnés à payer les Intérêts conformément au premier traité sous seing-privé dont l'exécution a été ordonnée.

Ainsi, la cour a jugé que, dans une vente d'universalité de meubles formant corps de commerce, on peut stipuler des Intérêts jusqu'à la fin du paiement du capital de la vente.

La même règle doit s'appliquer à l'associé qui vend son Intérêt dans une société, et au propriétaire d'une manufacture qui la vend avec le privilége et les marchandises qui en dépendent.

Mais il en est autrement d'un marchand qui vend à crédit une marchandise ou denrée destinée à l'usage ou à la consommation, ou même au commerce de l'acheteur : on ne peut point stipuler d'Intérêt pour une telle vente, sous prétexte que, sans cette stipulation, on aurait vendu plus cher. Cette décision est fondée sur ce qu'on présume que le vendeur a proportionné son prix au crédit qu'il a accordé.

VII. Il y a une sorte d'Intérêts indirects dont la stipulation peut avoir lieu entre le

vendeur et l'acheteur, même pour la vente de marchandises ou de denrées : cet Intérêt, qu'on appelle *escompte*, consiste dans une diminution de prix convenue au profit de l'acheteur, s'il vient à payer avant le terme qui lui a été accordé. Ainsi, lorsque celui qui a un an pour payer, se libère au bout de trois mois, il peut, d'après une telle convention, retenir sur la somme due, neuf mois d'Intérêts.

Il y a encore une autre sorte d'Intérêts indirects dont la stipulation est permise, et qui résulte d'une diminution de prix convenue, si le vendeur vient à ne pas livrer la marchandise achetée dans le temps auquel il s'y est obligé. Cette diminution de prix, qui peut être fixée à tant par mois, est une indemnité du préjudice que le retard de la délivrance peut occasioner à l'acheteur.

Bourjon rapporte un arrêt de la fin d'août 1740, par lequel le parlement de Paris a ordonné l'exécution d'une pareille convention dans l'espèce suivante.

Un maître de forge s'était obligé de livrer à un marchand une certaine quantité de fer dans des temps fixés, et les parties étaient convenues que le prix stipulé par le marché, diminuerait d'une certaine somme par chaque mois de retard de la livraison. Le maître de forge qui avait été en partie payé d'avance, et n'avait livré son fer qu'après le temps déterminé, refusait de payer la peine du retard, sous prétexte qu'elle n'avait pu être stipulée; mais l'arrêt cité a jugé la convention valable.

VIII. On peut donner une somme d'argent à la charge de recevoir, tant qu'on vivra, un Intérêt qui excède de beaucoup le taux de l'ordonnance. C'est une constitution de rente viagère, qui peut, selon la volonté des parties, produire des Intérêts plus ou moins forts, attendu la perte du fonds.

Au surplus, ce serait en vain que celui qui doit de pareils Intérêts, les trouvant trop onéreux, voudrait s'en libérer en remboursant le capital qu'il a reçu; il ne le pourrait pas, s'il n'y était autorisé par une clause expresse de la convention. *V.* l'article *Rente viagère*, n°. 5.

Ce serait également en vain que celui qui ferait le remboursement en vertu d'une pareille clause, voudrait faire imputer sur le principal ce qu'il aurait payé d'Intérêts au delà du taux fixé par l'ordonnance; il n'y serait pas reçu. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par deux arrêts, l'un du 2 septembre 1749, l'autre du 4 juin 1752.

IX. On peut valablement stipuler les Intérêts des sommes que les débiteurs s'obligent de payer, par une transaction sur procès, pourvu que la dette soit relative à la contestation terminée par la transaction.

C'est en conformité de cette règle, que, par arrêt du 11 juin 1682, rapporté au Journal des audiences, le parlement de Paris a confirmé une sentence de la sénéchaussée de Bourbonnais, qui avait ordonné l'exécution d'une transaction faite pour raison d'Intérêts civils, et dans laquelle on avait stipulé que, faute de paiement en trois ans de la somme de 3,309 livres, dont les parties étaient convenues *pour toutes actions, réparations civiles et dépens*, les Intérêts en seraient payés suivant l'ordonnance, après les six premiers mois expirés.

X. La stipulation d'Intérêts peut aussi avoir lieu valablement dans le contrat de société. Ainsi, quand l'un des associés apporte en argent ou en marchandises plus que les autres à la société qu'ils contractent pour être entre eux partagée par parties égales, on a coutume de convenir que cet associé prélèvera cet excédant, lors du partage de la société, avec les Intérêts, proportionnellement au temps qu'elle aura duré.

Une telle convention a lieu assez souvent lorsqu'un négociant marie quelqu'un de ses enfans, comme dans cet exemple, que propose Pothier.

« Un négociant qui a un fonds de commerce de 450,000 livres en argent, dettes actives et marchandises, déduction faite du passif, en tire 50,000 livres pour marier son fils, et associe pour dix ans son fils à son commerce.

» Quoique son fils n'apporte à cette société que les 50,000 livres qu'il a reçues de son père, et pareille somme que sa femme lui a apportée en dot, ce qui fait en tout 100,000 livres, et que son père y contribue de 400,000 livres, qui lui restent, néanmoins il associe son fils pour moitié à son commerce, au lieu du cinquième qu'il y devrait avoir seulement, n'ayant apporté pour sa part qu'une somme de 100,000 livres, qui est le cinquième du fonds de la société.

» Pour récompenser le père de 300,000 livres, dont il contribue à la société de plus que son fils, on convient, par le contrat de société inséré dans le contrat de mariage, que le père, à la fin du temps de la société, prélèvera au partage la somme de 300,000 livres, avec les Intérêts de cette somme pour chacune des années qu'aura duré la société.

» Quelques casuistes trop rigides ont prétendu

qu'une telle convention était usuraire, attendu qu'elle renfermait, selon eux, un prêt de 300,000 livres, dont le père percevait les Intérêts sans que le capital fût aliéné, et sans courir aucun risque par rapport à ce capital, puisqu'il devait lui être rendu par la société, quand même il ne serait résulté que des pertes du commerce qu'elle aurait fait. Mais on peut répondre qu'il n'y a d'usure que dans le contrat de prêt formel ou déguisé sous la fausse apparence d'un autre contrat : or, la convention dont il s'agit, n'est un prêt ni formel ni déguisé; car le père n'a point eu intention de prêter à son fils : c'est une clause très-légitime d'un contrat de société dont elle fait partie. Il est évident que les 300,000 livres que le père a de plus que son fils dans la société, sont un fonds de commerce qui produit des fruits, il est par conséquent juste qu'abandonnant ces fruits à la société, il en reçoive pour prix l'Intérêt de son fonds : s'il est déchargé du risque des pertes qu'il aurait dû souffrir pour raison de ce fonds, en cas de mauvais succès, c'est que les profits qu'il y a lieu d'espérer d'un bon commerce, sont beaucoup plus considérables que les Intérêts de l'argent, et que l'espérance de ces profits est beaucoup mieux fondée que les pertes ne sont à craindre. Enfin, une preuve que la convention dont il s'agit, ne renferme aucune injustice, c'est qu'entre marchands, ces sortes de conventions sont considérées comme avantageuses au fils. En effet, si le père ne consultait que son seul avantage, il aimerait beaucoup mieux n'admettre son fils en société que pour un cinquième, que de l'admettre pour la moitié, sous la condition de percevoir les Intérêts de ses 300,000 livres : aussi c'est communément la famille de la fille qui exige du père une telle convention comme une condition de mariage ».

[[XI. Aujourd'hui, le prêt à Intérêts est permis dans toute la France. La loi du 2 octobre 1789 l'a expressément autorisé, et sa disposition est renouvelée par l'art. 1905 du Code civil. *V.* les articles *Pignoratif (contrat)*, et *Prêt*, §. 2.

XII. Lorsqu'en empruntant une somme d'argent, on s'est obligé de la rembourser dans un certain temps et d'en payer l'Intérêt jusqu'à cette époque, l'Intérêt continue-t-il de courir à défaut de remboursement, après l'expiration du terme convenu?

J'ai soutenu l'affirmative dans un plaidoyer du 7 juin 1809, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscription hypothécaire*, §. 1.

Mais voici un arrêt de la cour de cassation, du 10 septembre 1811, qui paraît, au premier abord, juger le contraire :

En 1781, le sieur Lucas emprunte 8,000 livres du sieur de la Roussière, pour un an, et à condition d'en payer les intérêts à 5 pour 100.

En 1788, Lucas paie les Intérêts, rend 2,000 livres sur le capital, et souscrit une nouvelle obligation de 6,000 livres pour un an, et de 300 livres pour Intérêts.

En 1789 il paie les 300 livres d'Intérêts.

Peu après, La Roussière et sa famille quittent la France, et ils en sont absens pendant plusieurs années.

La Roussière et Lucas étant morts, le fils de La Roussière demande aux héritiers Lucas le paiement de 6,000 livres avec Intérêts depuis 1789; et le 16 mai 1810 un arrêt de la cour d'appel de Riom, les y condamne.

Mais sur leur recours en cassation,

« Ouï le rapport de M. Gandon..... et les conclusions de M. Jourde, avocat général;

» Vu l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans, et l'art. 1153 du Code civil...;

» Considérant que, dans l'espèce, la créance ne produisait pas des Intérêts de droit, et qu'il n'y avait pas eu de stipulation pour le temps postérieur à 1789, en sorte que, lors même que l'origine de la créance aurait quelque rapport éloigné avec des affaires de commerce, la cour de Riom n'aurait pu adjuger plus de vingt années d'Intérêt sans contrevenir aux lois citées;

» Par ces considérations, la cour casse et annulle l'arrêt de Riom, en ce qu'il a adjugé des Intérêts antérieurs à la demande en justice, etc... ».

Il est cependant facile de reconnaître que cet arrêt ne contrarie pas la doctrine que j'ai établie dans le plaidoyer du 7 juin 1809.

Il s'agissait dans ce plaidoyer d'une stipulation d'Intérêts autorisée par la loi du pays où elle avait été faite; et il était naturel de penser qu'elle avait été faite pour tout le temps qui s'écoulerait jusqu'au remboursement du principal, quoique l'emprunteur se fût obligé de rembourser le principal dans un an.

Dans l'espèce de l'arrêt du 10 septembre 1811, au contraire, il s'agissait d'une stipulation d'Intérêts prohibée par la loi du temps où avait été passée l'obligation qui la contenait. Les Intérêts promis par cette obligation, n'étaient donc pas dûs, même pour l'année à laquelle en était limitée la promesse. Ils n'auraient donc pu être dus qu'en vertu, ou d'une demande judiciaire, con-

formément à l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans, ou d'une nouvelle stipulation qui eût été faite postérieurement à la loi du 2 octobre 1789, par laquelle le prêt à Intérêt a été autorisé dans toute la France. Or, de demande judiciaire il n'y en avait point eu pendant vingt ans; et le créancier n'avait point fait renouveler l'obligation de son débiteur après la loi du 2 octobre 1789. L'arrêt de la cour de Riom du 16 mai 1810 avait donc à la fois donné un effet rétroactif à la loi du 2 octobre 1789, et violé l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans. Il a donc dû être cassé, comme il l'a été, par l'arrêt du 6 septembre 1811. Mais, en le cassant, la cour de cassation n'a ni jugé ni préjugé que les Intérêts réclamés par le créancier, ne lui eussent pas été dus, si l'obligation eût été postérieure à la loi du 2 octobre 1789, ou, ce qui est la même chose, si elle eût été renouvelée après la publication de cette loi.]]

§. IV. *Des Intérêts judiciaires* [[*et moratoires.*]]

I. Les Intérêts judiciaires sont ceux qui n'étant pas de droit, ou ne résultant pas d'une stipulation valable, ne peuvent être accordés que par le juge.

Il faut, pour les faire courir, que le créancier en forme la demande contre son débiteur, et qu'il le mette en demeure de payer. Sans cette demande, les juges ne peuvent point adjuger les Intérêts.

Cette jurisprudence est conforme à l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans, qui est ainsi conçu : « Contre les condamnés à payer » certaine somme de deniers par cédule ou » obligation, seront adjugés les dommages » et Intérêts requis pour le retardement du » paiement, à compter du jour de l'ajourne- » ment qui leur aura été fait ».

Cette ordonnance est la règle que suivent la plupart des tribunaux français, pour adjuger aux créanciers les Intérêts qu'ils ont requis, en mettant leur débiteur en demeure de payer par un exploit d'assignation. Ces Intérêts sont les véritables dommages et Intérêts dont parle la loi qu'on vient de citer.

Ainsi, lorsqu'un billet, une obligation, ou une autre créance, de quelque nature qu'elle soit, ne sont pas acquittés au jour de l'échéance, le créancier peut en poursuivre le paiement en justice, et en demander les Intérêts, à compter du jour auquel il a mis, par un exploit d'assignation, son débiteur en demeure de payer.

Cette jurisprudence néanmoins n'a pas lieu en Normandie : on n'y adjuge point les Intérêts des dettes mobilières, lors même qu'ils sont demandés judiciairement. On en use ainsi parceque l'ordonnance d'Orléans n'a pas été enregistrée au parlement de Rouen.

[[Aujourd'hui, plus de différence sur ce point entre la ci-devant Normandie et les autres parties de la France. L'art. 1153 du Code civil renouvelle, pour tout le territoire français, la disposition de l'ordonnance d'Orléans.

Mais, remarquez qu'aux termes de l'art. 57 du Code de procédure civile, « la citation en » conciliation fait courir les Intérêts....., » pourvu que la demande soit formée dans » le mois à dater du jour de la non-compa- » rution ou de la non-conciliation ».

Remarquez encore qu'en matière de droits d'enregistrement, il ne peut être adjugé d'Intérêts moratoires, ni à la régie qui obtient des condamnations contre des particuliers, ni aux particuliers qui en obtiennent contre elle. *V.* l'article *Enregistrement (droit d')*, §. 56.]]

II. La caution du débiteur principal, contre lequel le créancier s'est pourvu judiciairement, et a obtenu une condamnation tant pour le capital que pour les Intérêts, est tenue elle-même de ces Intérêts, à compter du jour où ils ont été demandés contre le débiteur principal, quoiqu'il n'y ait point eu de pareille demande formée contre elle. C'est ce qui résulte de la loi 24, §. 1, D. *de usuris*, et de la loi 88, D. *de verborum obligationibus.*

[[L'art. 1207 du Code civil porte que « la » demande d'Intérêts formée contre l'un des » débiteurs solidaires, fait courir les Intérêts » à l'égard de tous ». Les parlemens de Paris et de Toulouse l'avaient déjà ainsi jugé, l'un par arrêt du 16 août 1630, l'autre par arrêt du 7 août 1663.]]

III. Celui qui a payé volontairement ce qu'il ne devait pas, et qui le répète en justice, ne peut exiger les Intérêts que du jour de sa demande; mais s'il n'a payé que comme contraint, ce qu'il ne devait pas, les Intérêts lui sont dus à compter du jour du paiement.

[[Il est même un cas où, sans avoir payé comme contraint, il a droit aux Intérêts à compter du jour où il a payé indûment; c'est, suivant l'art. 1378 du Code civil, lorsque celui qui a reçu ce qu'on ne lui devait pas, était de mauvaise foi. *V.* l'article *Conscription militaire*, §. 11.]]

IV. Le créancier qui a été colloqué uti-

lement dans un ordre, et qui est obligé de rapporter la somme qu'il a touchée, parcequ'il a reçu ce qu'un autre créancier devait recevoir, doit les Intérêts de cette somme. Divers arrêts du parlement de Paris l'ont ainsi jugé, notamment un du 2 septembre 1690, et un autre du 6 septembre 1698.

V. Celui à qui a été adjugée une somme fixe pour dommages et Intérêts, ou pour réparation civile, peut demander les Intérêts de cette somme, en mettant le débiteur en demeure de la payer; mais si les dommages et Intérêts n'ont été adjugés que suivant la liquidation qui en serait faite, les Intérêts n'en peuvent être demandés qu'après cette liquidation.

VI. On peut demander en justice des Intérêts des arrérages de cens, de rentes seigneuriales, de rentes foncières, de rentes viagères, de pensions alimentaires, de douaires, de loyers de maisons, de fermages, de fruits dont on poursuit la restitution, et même des Intérêts dus de plein droit, parceque tous ces différens arrérages ou Intérêts forment un capital pour celui à qui ils sont dus, et sont capables de produire des fruits, à la différence des Intérêts judiciaires qui ne sont que la peine du retard du débiteur, et qui ne peuvent produire d'autres Intérêts.

[En est-il de même des arrérages de rentes constituées?

La négative est constamment suivie au parlement de Paris : on y tient pour principe, que les arrérages d'une rente constituée à prix d'argent, ne peuvent jamais cesser d'être un accessoire de la rente.

Mais dans la Belgique, on considère les arrérages comme autant de capitaux séparés: et en conséquence, lorsque l'on condamne un débiteur au paiement d'une somme composée de plusieurs années d'arrérages d'une rente constituée, on le condamne aussi aux Intérêts depuis la demande judiciaire. Le parlement de Flandre l'a jugé ainsi par arrêts des 12 juillet 1694 et 5 mars 1709. Deghewiet rapporte une sentence du présidial de Bailleul, du 24 mai 1727, qui a décidé la même chose; et j'en ai vu une semblable rendue au bailliage du Quesnoi, le 23 août 1769, entre Marie-Anne Maubourneau et la veuve Maclart.

Telle est aussi la jurisprudence du conseil souverain de Naples, comme l'atteste Vincent de Franchis.

Le grand conseil de Malines considère également les arrérages d'une rente comme autant de capitaux séparés; et, en conséquence, il n'a jamais douté de la légitimité des rentes créées des arrérages d'autres rentes : néanmoins, il a, par arrêts des 24 décembre 1583 et 20 février 1593, rapportés dans la compilation de Christin, refusé d'adjuger les Intérêts d'arrérages demandés en justice. Mais ces décisions anciennes ne seraient certainement plus suivies aujourd'hui; car du moment que l'on considère les arrérages comme le font tous les tribunaux des Pays-Bas, on ne doit pas trouver la demande que fait un créancier des Intérêts d'arrérages échus, plus singulière que ne le serait celle d'un propriétaire qui prétendrait se faire payer par son fermier les Intérêts de ses fermages depuis les poursuites judiciaires. *V.* l'article *Rente constituée*, §. II.

Observez cependant que, si, pendant le procès, le créancier a négligé de se faire payer aux nouvelles échéances, et que le débiteur ne conteste pas le fond de la rente, le juge ne doit pas condamner ce dernier aux Intérêts des arrérages échus pendant l'instance, mais seulement de ceux dont l'échéance est antérieure à la demande. C'est ce qu'a jugé l'arrêt cité du 5 mars 1709.

La différence qu'il y a sur cette matière entre la jurisprudence belgique et la jurisprudence française, peut donner lieu à une question mixte : c'est de savoir si les arrérages d'une rente créée en Flandre, est due par une personne domiciliée en France, ou réciproquement, produisent des Intérêts depuis que la demande en est portée en justice.

Il semble qu'on devrait s'attacher, dans cette espèce, à la loi du lieu où le contrat a été passé, suivant ce principe, que tous les droits qui naissent d'une obligation, se règlent par la loi du lieu où l'obligation a été formée.

Je crois néanmoins qu'on doit décider ici tout autrement : entre les droits qui résultent d'un contrat, il faut distinguer, [[comme je l'ai établi à l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 4]], ceux qui naissent *ex naturâ et tempore contractûs*, d'avec ceux dont, à la vérité le contrat est l'occasion, mais qui ne naissent que *ex post facto*, et par une cause purement accidentelle. Les premiers se règlent par la loi même du contrat dont ils font vraiment partie; mais les autres ne dépendent que de la loi du lieu où ils prennent naissance. Ainsi, le taux d'une rente dépend, à la vérité, de la loi du contrat, parcequ'il est de la nature d'une rente de produire des arrérages; mais les Intérêts occasionés par le retard du débiteur, ne doivent se régler que par la loi du lieu où ils ont pris naissance, et par conséquent par la loi du lieu où le retard a été formé : or, la règle générale est que le retard se forme dans le lieu où le paiement doit se faire; et ce lieu est toujours le

domicile du débiteur, à moins qu'il n'y en ait un autre marqué par le contrat : c'est la décision expresse de la loi 3, §. dernier, D. *de actionibus empti et venditi.*]

[[Au surplus, le Code civil confirme et étend les maximes de la jurisprudence belgique sur cette matière. *V.* ci-après, n°. 18.]]

VII. Lorsqu'un artisan ou un ouvrier a demandé en justice le paiement de ses ouvrages avec les Intérêts, ces Intérêts lui sont dus à compter du jour de la demande originaire. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 28 juin 1760, qui a infirmé une sentence du Châtelet, en ce qu'elle n'avait adjugé de pareils Intérêts qu'à compter du jour de la demande en entérinement du procès-verbal d'estimation des ouvrages.

VIII. Celui qui a été condamné en justice à payer une somme dans un certain temps, avec les Intérêts, doit ces Intérêts, non-seulement jusqu'à l'échéance du délai, mais encore jusqu'au jour du paiement, sans qu'il soit nécessaire de former une nouvelle demande, ni d'obtenir une nouvelle condamnation. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 25 janvier 1673, rapporté au Journal du Palais.

[[Il en est de même, et à plus forte raison, si, par la condamnation, il n'est accordé au débiteur aucun délai pour payer. Dans ce cas, comme dans le précédent, les Intérêts courent en vertu de la condamnation même, jusqu'au paiement effectif. Pollet, part. 3, §. 61, n°. 2, et Desjaunaux, tome 1, §. 45, et tome 4, §. 174, en rapportent trois arrêts du parlement de Flandre, des 14 décembre 1694, 18 juillet 1696 et 23 décembre 1712. Ils ajoutent, à la vérité, qu'il en serait autrement, « s'il paraissait qu'il y eût eu du dol » de la part du créancier, ou bien une négligence à poursuivre l'effet de la condamnation qui donnât lieu à la présomption de » dol ». Mais cette restriction est implicitement abolie par la loi du 2 octobre 1789. *V.* ci-après, n°s. 11 et 18; et §. 7, n°. 7.]]

IX. Quand des dépens ont été liquidés par un jugement ou par un exécutoire, l'Intérêt peut en être demandé dans la plupart des juridictions du royaume; mais le parlement de Provence a une jurisprudence différente. S'il s'agit de dépens prononcés par des tribunaux de son ressort, il juge que ces dépens ne peuvent point produire d'Intérêts, quand même *il y aurait eu des demandes ou exécutions faites* pour en obtenir le paiement. Mais s'il s'agit de dépens adjugés dans des parlemens où les Intérêts des dépens liquidés peuvent être demandés, cette cour juge qu'ils doivent produire le même effet en Provence. C'est ce qui résulte de trois actes de notoriété du parquet de la même cour, des 26 mai 1684, 12 mai 1692 et 21 juillet 1694.

Suivant une délibération du parlement de Bordeaux du 14 mars 1696, « les dépens liqui» dés par exécutoire dans le ressort de cette » cour, ne peuvent, même après le comman» dement, produire des Intérêts, si l'exécu» toire n'a été rédigé en contrat en vertu » duquel il ait été fait des commandemens de » trois ans en trois ans, et qui aient été re» nouvelés avant la fin de chaque troisième » année ». La Peyrère, [[au mot *Intérêt*, tome 2, page 78, édition de 1807, cite trois arrêts de la même cour qui sont conformes à cette délibération; le premier, du 21 décembre 1704; le second de 1708; et le troisième de 1715.]]

Au parlement de Toulouse, les dépens d'un procès ni les deniers provenant d'une liquidation de fruits, ne peuvent jamais produire d'Intérêts, quand même ils seraient compris dans un arrêt ou dans une transaction, et qu'ils formeraient un capital. Cette jurisprudence est attestée par Vedel sur Catelan.

[[« Un arrêt du parlement de Pau, du 7 mars 1705, parties le sieur Debalensem et le curé d'Argagnon, jugea que les Intérêts des dépens contenus dans un exécutoire du conseil, étaient dus depuis le jour de la sommation de paiement.

» Un certificat de la matricule des avocats de la même cour, du 10 septembre 1735, porte que les dépens et dommages-intérêts adjugés par un arrêt, produisent Intérêts du jour de la sommation de paiement.

» Un autre arrêt de la même cour, du 28 août 1763, parties les sieurs Casaubon, ingénieur, et Castel-Prat, de Pau, consacre les mêmes principes, en jugeant que l'Intérêt, soit des dépens, soit des dommages-intérêts, n'est dû que du jour de la sommation ». (*Recueil manuscrit des anciens Avocats au parlement de Pau.*)]]

X. Pour qu'un créancier puisse exiger des Intérêts judiciaires, il faut qu'ils lui aient été adjugés. Divers arrêts l'ont ainsi décidé, sur le fondement des dispositions de l'art. 60 de l'ordonnance d'Orléans.

[Voici néanmoins une espèce dans laquelle on a jugé le contraire.

Le sieur Desfontaines avait formé contre le sieur Desmons des prétentions considérables, qui, après avoir été proscrites par un arrêt du parlement de Flandre, du 18 décembre 1776, confirmatif d'une sentence de la gouvernance de Douai, avaient été adoptées

par un autre, rendu en révision le 13 juin 1777, au rapport de M. Remy d'Evin.

Dans la rédaction de ce dernier arrêt on oublia d'adjuger les Intérêts au sieur Desfontaines, quoique la demande en eût été faite en première instance.

Cette omission n'empêcha pas le sieur Desfontaines d'exécuter le sieur Desmons pour le principal et les Intérêts.

Le sieur Desmons, se fondant sur ce que les Intérêts n'étaient point compris dans l'arrêt, s'est pourvu en nullité d'exécution; mais, le 1er. août de la même année, il est intervenu, dans l'assemblée des chambres, un arrêt conçu en ces termes : « La cour déclare ladite exécu- » tion prématurée et irrégulière, et néan- » moins ledit Desmons soumis aux Intérêts » de ladite somme de..... depuis la demande » judiciaire; condamne ledit Desfontaines en » un tiers des dépens, le surplus compensé ».

Le sieur Desmons s'est pourvu au conseil contre ce dernier arrêt. Les cours souveraines (disait-il dans sa requête en cassation) ne peuvent ajouter à leurs arrêts définitifs : lorsqu'elles ont omis de prononcer sur un des chefs de la demande d'une partie, elles ne peuvent corriger leur oubli qu'en vertu de lettres en forme de requête civile. C'est la disposition précise d'un édit du mois de mars 1674, qui a été extrait, pour la Flandre, du tit. 35 de l'ordonnance de 1667. L'édit du mois d'avril 1688, concernant les révisions, est encore plus strict sur cette matière : il défend au parlement de Flandre de statuer de nouveau, même en vertu de requêtes civiles, sur les procès qu'il a jugés en révision. Si donc ce tribunal ne pouvait pas admettre de requête civile contre l'omission qu'il avait faite dans son arrêt du 13 juin 1777, à combien plus forte raison n'a-t-il pas pu corriger cette omission par une simple interprétation ?

Ces moyens n'ont pas produit l'effet qu'en attendait le sieur Desmons; le conseil du roi a rejeté sa requête.]

[[On ne peut pas cependant opposer à cet arrêt ni à celui du conseil qui l'a maintenu, l'art. 6o de l'ordonnance d'Orléans, car cette loi n'était pas enregistrée au parlement de Flandre. Mais comment les concilier l'un et l'autre avec la loi 4, C. *depositi*, qui décide formellement qu'une fois le principal adjugé purement et simplement, le créancier n'est plus recevable à en demander les Intérêts : *Si depositâ pecuniâ, is qui eam suscepit, usus est, non dubium est etiam usuras debere præstare. Sed si, cùm depositi actione expertus es, tantummodò sortis facta condemnatio est, ultrò non potes propter usuras experiri : non enim duæ sunt actiones, alia sortis, alia usurarum, sed una : ex quâ condemnatione factâ, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur?* Le parlement de Flandre et le conseil du roi ont-ils jugé que cette décision ne devait plus être suivie ? Je ne le pense pas. Dans l'espece sur laquelle avait prononcé l'arrêt du 13 juin 1777, il s'agissait d'un compte de communauté (1). On a donc pu regarder les Intérêts réclamés après l'arrêt par le sieur Desfontaines, non comme des Intérêts judiciaires, mais comme des Intérêts dus de plein droit (2). Or, ce n'est qu'à l'égard des Intérêts purement judiciaires, des Intérêts qui dépendent *ex officio judicis*, qu'a lieu la décision de la loi 4, C. *depositi*. Aussi Godefroi, sur cette loi même, remarque-t-il que l'on peut encore, après le jugement sur le principal, réclamer les Intérêts qui avaient été légitimement stipulés : *usurarum promissarum ex stipulatione*, dit-il, *duæ sunt obligationes : usurarum ex morâ unica obligatio ; hæ peti non possunt : priores possunt.* Voët, sur le Digeste, titre *de usuris et fructibus*, nº. 16, fait la même distinction, et la confirme en ce qui concerne les Intérêts conventionnels, par la loi 75, §. 9, D. *de verborum obligationibus*, laquelle porte : *qui sortem stipulatur et usuras...., tot stipulationes sunt, quot res sunt.*

Au surplus, de ce qu'en parlant des Intérêts purement moratoires, l'art. 6o de l'ordonnance d'Orléans et la loi 4, C. *depositi*, ne permettent pas de les exiger après le jugement, lorsqu'ils n'y ont pas été compris, il ne faut pas conclure que ces Intérêts ne soient pas dus par le seul effet de la demande judiciaire, et qu'on ne puisse pas, avant le jugement, les considérer comme un accessoire légalement acquis de la créance principale.

Le sieur Mabit était porteur d'un billet de 15,5oo livres, créé à son ordre par le sieur Daubusson, négociant à Clermont-Ferrand, et payable le 20 mars 1790.

Avant et depuis l'échéance de ce billet, un créancier du sieur Mabit avait formé des saisies-arrêts entre les mains du sieur Daubusson.

Le 18 juin 1791, le sieur Mabit assigne le sieur Daubusson devant le tribunal de commerce de Clermont-Ferrand, pour le faire condamner à lui payer les 15,15o livres, *avec les Intérêts depuis le 20 mars* 1790; mais, sans renoncer précisément à cette demande, il ne lui donne presque aucune suite:

(1) *V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 12, nº. 7.

(2) *V.* ci-devant, §. 2, nº. 1.

point de contestation en cause, et par conséquent point de jugement.

En août 1793, le sieur Daubusson, voulant se libérer, fait offre réelle des 15,500 livres, tant au sieur Mabit, qu'au créancier, à la requête duquel avaient été pratiquées, en 1790, les saisies-arrêts existantes encore entre ses mains.

Sur le refus de l'un et de l'autre, jugemens des 5 et 14 septembre 1793, par lesquels le tribunal d'Aurillac autorise le sieur Daubusson à consigner les 15,500 livres.

Le sieur Daubusson consigne en effet cette somme, le 24 du même mois; mais sa consignation est, comme son offre réelle, limitée au capital : elle n'en comprend pas les Intérêts échus depuis la demande judiciaire du 18 juin 1791.

En conséquence, après la disparition du papier-monnaie, le sieur Mabit reprend ses poursuites contre le sieur Daubusson, qui se prétend libéré.

Le 24 thermidor an 11, jugement du tribunal civil d'Aurillac, qui déclare l'offre réelle et la consignation nulles, sur le fondement que les Intérêts ne sont compris ni dans l'une ni dans l'autre; et, du consentement du sieur Mabit, condamne le sieur Daubusson à payer au créancier saisissant la somme de 15,500 livres, montant du billet à ordre, *avec les Intérêts qui en sont légitimement dus.*

Le sieur Daubusson appelle de ce jugement, et soutient qu'il n'a dû ni offrir ni consigner d'Intérêts, parcequ'il ne peut être dû d'Intérêts moratoires qu'en vertu de jugement; et qu'à l'époque où il a fait son offre réelle et sa consignation, il n'avait encore été rendu aucun jugement sur la demande formée contre lui par le sieur Mabit.

Le sieur Mabit répond que sans doute le créancier qui a mis son débiteur en demeure de payer le principal, ne peut, par cela seul, le faire contraindre au paiement des Intérêts échus depuis, et qu'il faut que préalablement il le fasse condamner, parceque point de titre exécutoire, point de contrainte légale; mais que les Intérêts n'en sont pas moins dus par le seul effet de la mise en demeure, en ce sens que si le débiteur veut se libérer, il doit les offrir et les consigner.

Par arrêt du 29 prairial an 13, la cour d'appel de Riom déclare qu'il a été bien jugé, « attendu que les offres faites par Daubus-» son sont insuffisantes, en ce qu'il était dé-» biteur des Intérêts du capital des 15,500 » livres depuis la demande formée contre » lui le 18 juin 1791, qui l'avaient constitué » en demeure, et que Daubusson n'a rien » offert ni consigné pour les Intérêts en-» courus ».

Recours en cassation de la part du sieur Daubusson; mais le 17 novembre 1807, au rapport de M. Gandon, la section civile,

« Attendu que la cour d'appel de Riom ayant à prononcer sur la suffisance de la consignation, a pu prendre connaissance de l'action du 18 juin 1791, de laquelle argumentait Mabit pour prétendre qu'étaient dus les Intérêts du capital dont il avait formé la demande; que Daubusson ne s'est même pas opposé à ce que la cour de Riom appréciât l'effet de cette action; que l'exploit étant représenté en due forme et n'étant pas inscrit de faux, a dû être pris pour constant;

» Et qu'en jugeant que cette demande avait fait courir les Intérêts, encore bien qu'elle n'eût pas été suivie d'une condamnation, l'arrêt entrepris n'a contrevenu à aucune loi parce qu'aucune loi n'a exigé qu'une condamnation intervînt pour acquérir les Intérêts; et que, sur la nécessité de cette condamnation, la jurisprudence n'était pas uniforme;

» Rejette le pourvoi ».]]

XI. Il est souvent arrivé que le prêteur, d'accord avec l'emprunteur, obtenait une sentence par laquelle celui-ci était condamné à payer à celui-là la somme prêtée, avec les intérêts, à compter du jour d'une demande supposée, et qui accordait, pour payer, le délai convenu. C'était une obligation en forme de sentence, ou une condamnation d'Intérêts volontaires, sans assignation ou demande judiciaire précédente. Mais le parlement de Paris a toujours déclaré usuraires de telles sentences, et ordonné que tous les deniers reçus pour les Intérêts seraient imputés sur le capital, sans que de telles sentences pussent être confirmées par aucun laps de temps, attendu qu'on ne peut opposer aucune fin de non-recevoir ou prescription contre l'usure. C'est ce qui résulte de divers arrêts, et surtout d'un du 7 juillet 1707, rendu en forme de règlement, et rapporté au Journal des Audiences. Ce dernier arrêt a déclaré usuraires les Intérêts d'une obligation passée en forme de sentence, du consentement des parties, parce qu'elle n'avait pas été précédée d'une assignation ou demande judiciaire; et cependant cette obligation, qui était du 29 octobre 1647, avait été reconnue et approuvée par différens actes subséquens.

Pour éviter les effets de cette jurisprudence,

ceux qui, sans aliéner leur argent, veulent le prêter avec Intérêts, ont imaginé un autre moyen. Le prêteur convient avec l'emprunteur que ce dernier sera assigné en condamnation de la somme contenue en son billet ou obligation avec les Intérêts, du jour de la demande, et que, sur cette demande, il interviendra une sentence conforme aux conclusions, et qui accordera le délai convenu pour payer. En ce cas, la forme est remplie, et il n'y a que la preuve de la fraude qui puisse en empêcher l'effet. Au surplus, le parlement de Paris juge qu'il y a lieu de présumer la fraude, quand la demande à fins d'Intérêts n'est pas postérieure au moins de trois mois à la date du billet ou de l'obligation.

[[Ces deux points de jurisprudence sont abrogés par la loi du 2 octobre 1789.]]

XII. Il y a des cas où l'on peut valablement requérir des Intérêts par des actes extrajudiciaires, ou par des actes judiciaires, autres qu'une assignation ou une demande contre le débiteur.

Ainsi, en matières de lettres de change, l'Intérêt est dû du jour du protêt, quoiqu'il n'ait pas été demandé en justice. C'est une disposition de l'art. 7 du tit. 6 de l'ordonnance du commerce du mois de mars 1673.

[[Cette disposition est renouvelée et même étendue aux billets à ordre, par les art. 184 et 187 du Code de commerce.

XIII. L'art. 1936 du Code civil porte que le dépositaire « doit l'Intérêt de l'argent déposé, du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution (1) ».

L'art. 1996 décide pareillement que « le « mandataire doit l'Intérêt des sommes..... » dont il est reliquataire, à compter du jour » qu'il est mis en demeure ».

V. ci-devant §. 2, n°. 9.]]

XIV. Lorsqu'après le décès d'un débiteur, la justice appose le scellé sur les effets de la succession, tous les créanciers du défunt qui forment opposition à ce scellé pour le paiement de ce qui leur est dû, et qui requièrent en même temps les Intérêts de ces créances, doivent avoir ces Intérêts à compter du jour de leur opposition, quoiqu'ils n'en aient pas formé la demande par une assignation. Cette doctrine que le parlement de Paris a confirmée par divers arrêts, et notamment par un du 11 août 1738, est fondée sur ce que les héritiers du défunt n'étant pas encore connus, on ne peut former aucune demande contre eux; et la succession étant mise sous la main de la justice, une opposition où des Intérêts sont requis, équivaut à une demande judiciaire qui aurait eu pour objet ces mêmes Intérêts.

Toute opposition formée au décret des biens d'un débiteur, produit des Intérêts au profit du créancier opposant, à compter du jour auquel elle a été faite, quand les intérêts y ont été requis. La raison en est que la saisie-réelle des biens d'un débiteur et les oppositions qui y surviennent, mettent suffisamment ce débiteur en demeure de payer, et que la requisition des Intérêts des capitaux dus doit être assimilée à une demande judiciaire, attendu que le débiteur est partie dans l'instance de la saisie-réelle de ces biens, et que l'opposition est formée au greffe dans un temps où ces biens sont sous la main de la justice pour être vendus, et le prix en être distribué aux créanciers saisissans et opposans. Telle est la jurisprudence du parlement de Paris, justifiée par divers arrêts, notamment par deux de la grand'chambre des 24 février 1758 et 28 février 1761.

[[Cette jurisprudence s'applique naturellement aux demandes en collocation qui se font actuellement, soit dans les distributions par contribution, soit dans les ordres. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *interruption de prescription.*]]

Au reste, si une opposition à un scellé ou à un décret était vague et non libellée, et que le créancier n'y eût point requis d'Intérêts, il n'en pourrait point prétendre en vertu d'une telle opposition.

XV. Observez qu'une opposition au sceau des provisions d'un office, par laquelle l'opposant aurait requis l'Intérêt de sa créance, ne pourrait pas produire le même effet qu'une

---

(1) Mais le dépositaire volontaire qui s'est servi des deniers déposés, n'en doit-il pas l'intérêt à compter du jour où il en a fait usage?

« Un arrêt du parlement de Pau, du 12 janvier 1678, parties la demoiselle Lasalle et le sieur Florence, jugea que le dépositaire volontaire qui s'est servi des deniers mis en dépôt entre ses mains, doit en payer l'intérêt.

» La même chose fut implicitement jugée par arrêt de la même cour, du 4 juin 1710, au profit du sieur Mirasson, avocat, contre la demoiselle Belard. L'arrêt déchargea Mirasson des Intérêts d'une somme de 1300 livres déposée volontairement en ses mains par ladite demoiselle et sa mère, quoiqu'il convînt qu'il s'était servi des deniers, ajoutant qu'il avait toujours été en état de les rendre *à la charge néanmoins de jurer qu'il n'avait tiré aucun profit de cette somme* ». (*Recueils manuscrits de Dupoſc.*)

opposition à un scellé ou à un décret, par la raison que le sceau n'est pas une juridiction, et que l'opposition qui y est formée, ne peut être assimilée à une demande judiciaire. Ainsi, pour qu'un tel opposant puisse obtenir les Intérêts de sa créance, il faut qu'il fasse assigner le débiteur devant les juges ordinaires, et qu'il requière ces Intérêts par sa demande. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Paris, du 15 mars 1707, rapporté par Brillon.

[[Cette décision n'a plus d'objet depuis que les offices ne sont plus ni vénaux ni héréditaires; mais elle mérite encore d'être remarquée, à raison du principe général qu'elle confirme.]]

XVI. Observez aussi que les formalités nécessaires pour procurer aux créanciers les Intérêts judiciaires des deniers qui leur sont dus, ne sont pas les mêmes partout.

Au Châtelet de Paris, il faut demander le principal et les Intérêts; et le créancier qui ne demanderait que l'un n'obtiendrait point les autres.

En Auvergne, il suffit de demander le capital, et l'on en adjuge les Intérêts contre le débiteur qui a été mis en demeure de payer.

La même règle a lieu dans le Lyonnais.

En Bresse, un simple commandement de payer fait courir contre le débiteur les Intérêts de ce qu'il doit. [[Arrêt du parlement de Dijon du 26 juin 1674, rapporté par Perrier, quest. 136.]]

Il en est de même dans le ressort du parlement de Bordeaux; mais il faut que le commandement soit renouvelé tous les trois ans; autrement, les commandemens antérieurs restent sans effet, et le débiteur ne doit plus d'Intérêts.

Au parlement de Toulouse, les Intérêts courent du jour de la condamnation intervenue sur le capital, quand ils n'ont pas été demandés; et du jour de la demande, lorsque le créancier les y a compris. C'est ce qui résulte d'un arrêt du 17 août 1724, rapporté par Védel, sur Catellan, liv. 5, chap. 70.

[[Du reste, le parlement de Toulouse ne faisait pas, comme celui de Bordeaux, courir les Intérêts du jour du simple commandement fait en vertu d'un contrat emportant exécution parée. Védel, à l'endroit cité, cite un arrêt du 22 mai 1715, qui l'a ainsi jugé. Et c'est à ce point que le Code civil a amené la jurisprudence dans tout le territoire français. *V.* l'article *Commandement*, n°. 18.

Pour revenir au parlement de Bordeaux, il jugeait que, hors le cas du commandement et lorsqu'on procédait par assignation, les Intérêts n'étaient dus à compter du jour de l'exploit introductif d'instance, qu'autant qu'ils avaient été notamment demandés par cet exploit. C'est ce que prouve un arrêt de cette cour du mois d'avril 1734, que Salviat (*jurisprudence du parlement de Bordeaux*, page 309) rapporte en ces termes :

« Un seigneur de fief ayant attaqué un particulier pour le paiement de quelques lods et ventes, négligea d'en demander les Intérêts dans son assignation et dans toute la procédure qui fut instruite devant les premiers juges. Ce ne fut que pendant l'appel en la cour qu'il présenta sa requête pour demander les Intérêts depuis le jour de son exploit. Il suffit, disait-il, que le débiteur ait été mis en demeure de payer le capital, pour qu'il soit tenu des Intérêts du jour que l'action a été intentée; le cours des Intérêts étant la peine du retardement du débiteur.

» Mais l'arrêt ne les lui adjugea que du jour de la requête donnée en la cour ».

On jugeait autrement au parlement de Flandre et au grand conseil de Malines. Écoutons Pollet, part. 3, §. 61 :

« Les Intérêts s'adjugent du jour de la demande judiciaire, quoiqu'ils n'aient été demandés que long-temps après, dans la poursuite du procès. *Neque enim debentur propter petitionem, sed propter moram; undè sufficit quocumque tempore implorare ad ea officium judicis.* Arrêt rendu en la deuxième chambre, le..... Autre arrêt rendu contradictoirement, au rapport de M. Desnaue, le 1er. septembre 1691..... Autre rendu le 5 du même mois, au rapport de M. Bruneau..... Autre rendu au rapport de M. Delvigne, le 13 octobre 1696..... Les dommages et intérêts avaient seulement été demandés dans la cause d'appel.

» C'est aussi la jurisprudence du grand conseil de Malines. *V.* M. Cuvelier, lettre 1, n°. 4 ».

Cette jurisprudence était sans contredit beaucoup plus conforme aux lois romaines, que celle du parlement de Bordeaux. Ces lois allaient même beaucoup plus loin : elles voulaient que, dans les actions de bonne foi (et dans nos mœurs toutes les actions sont de bonne foi, on n'y connaît plus de distinction entre les actions *bonæ fidei* et les actions *stricti juris*), le juge condamnât même d'office et sans conclusions du créancier, aux Intérêts qui couraient pendant l'instance. *Et est idem constitutum* (dit la loi 24, D. *depositi*) *in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium*

arbitri, quantùm stipulatio. La loi 54, D. *locati conducti*, est encore plus expresse : *Usuræ, in bonæ fidei judiciis, non tam ex obligatione proficiscuntur, quàm ex officio judicis applicantur.*

Mais le Code civil ne déroge-t-il pas à ces lois et à la jurisprudence des tribunaux qui les avaient prises pour base des arrêts cités?

L'affirmative ne paraît pas douteuse. « Dans » les obligations qui se bornent au paiement » d'une certaine somme (porte l'art. 1153 de » ce Code), les dommages et Intérêts ré- » sultans du retard dans l'exécution, ne con- » sistent jamais que dans la condamnation » aux Intérêts fixés par la loi..... Ils ne sont » dus que *du jour de la demande*, excepté » dans les cas où la loi les fait courir de » plein droit ». Ces mots *du jour de la demande*, ne peuvent s'entendre que du jour où le créancier a conclu aux Intérêts; car le législateur ne dit pas, *du jour de la demande du principal;* il dit simplement *du jour de la demande;* et comme il ne parle que des Intérêts, ce n'est qu'aux Intérêts que l'on peut rapporter ces expressions.

Au surplus, l'art. 1207, rapporté ci-dessus, n°. 2, lève tous les doutes.]]

XVII. Au parlement de Dijon, les Intérêts adjugés par sentence ou par arrêt, ne couraient que pendant cinq ans, à moins qu'on n'en ait formé une nouvelle demande judiciaire.

[[Cette jurisprudence était calquée sur l'art. 150 de l'ordonnance de 1629, que le parlement de Dijon avait enregistrée purement et simplement (1), mais qui, d'après l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, ne fait plus loi, même pour l'ancien ressort de cette cour. Il est seulement à remarquer qu'aujourd'hui les Intérêts adjugés par sentence ou arrêt, se prescrivent par cinq ans, comme les Intérêts purement conventionnels. *V.* ci-après, §. 7, n°. 9.]]

Remarquez que c'est la loi du lieu où une dette a été contractée, qui règle les formalités nécessaires pour en faire courir les Intérêts au profit du créancier.

XVIII. Avant Justinien, on formait souvent un capital séparé d'une somme composée d'Intérêts, et on lui faisait produire d'autres Intérêts; mais cet empereur abrogea cet usage, et régla que ce qui proviendrait d'Intérêts, ne pourrait être converti en capital, ni produire de nouveaux Intérêts.

Parmi nous, on ne peut pas non plus faire payer des Intérêts d'Intérêts; mais cette règle reçoit quelques exceptions.

Il est de principe que les Intérêts judiciaires ne peuvent jamais produire d'autres Intérêts, quand même on aurait formé la demande en justice, après avoir mis le débiteur en demeure de payer.

Mais les Intérêts qui sont dus de plein droit, peuvent produire d'autres Intérêts en conséquence d'une demande judiciaire, suivie de condamnation; on peut aussi les convertir en capital, et en former le prix d'une constitution de rente produisant des arrérages.

Ainsi, celui qui a cédé et transporté une créance dont l'objet était en tout ou en partie formé d'Intérêts, et qui n'a pas reçu le prix du transport, peut en percevoir les Intérêts à compter du jour qu'il les a demandés en justice, quoique les Intérêts compris dans la créance n'eussent pas pu lui produire d'autres Intérêts avant le transport. La raison en est que le prix de la cession est devenu un capital pour le cédant; et quand on dit qu'il n'est pas permis d'exiger des Intérêts d'Intérêts, cela s'entend du débiteur originaire, et non d'un cessionnaire de la créance.

Pareillement, lorsqu'une caution a payé pour le débiteur principal ce qu'il devait tant en capital qu'Intérêts, elle doit percevoir les Intérêts de tout ce qu'elle a payé, à compter du jour de la demande de ces Intérêts, parceque tout ce qu'elle a payé, est devenu un capital pour elle.

Les Intérêts d'une dot, d'un douaire, d'une légitime, du prix d'un héritage, etc., doivent aussi produire d'autres Intérêts, à compter du jour qu'ils ont été demandés en justice.

[[Le Code civil établit là-dessus des règles qui en partie confirment, et en partie détruisent les anciennes. Voici comment il s'explique :

« Art. 1154. Les Intérêts échus des capitaux peuvent produire des Intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'Intérêts dus au moins pour une année entière.

» 1155. Néanmoins les revenus échus, tels que fermages, loyers, arrérages de rentes perpétuelles ou viagères, produisent Intérêts du jour de la demande ou de la convention. La même règle s'applique aux restitutions de fruits, et aux Intérêts payés par un tiers au créancier en acquit du débiteur ».

V. l'article *Anatocisme.*]]

(1) *V.* Perrier et Raviot, quest. 211.

§. V. *De l'hypothèque des Intérêts.*

I. Selon le droit romain, les Intérêts dus en vertu de la stipulation, ou qui dérivaient d'un contrat de bonne foi, avaient la même hypothèque que le capital dont ils étaient réputés l'accessoire.

Parmi nous, on a long-temps suivi une autre jurisprudence : on a pensé que les dispositions du droit romain, à cet égard, ne pouvaient être suivies que pour les rentes constituées, attendu que le débiteur de ces rentes ne doit, à proprement parler, que des arrérages, et non un capital, tant qu'il ne veut pas racheter, sauf les cas de stellionat ou de décret où ce rachat peut être forcé.

Quant aux autres contrats ou obligations qui pouvaient occasioner des Intérêts, on distinguait ceux où le débiteur s'était obligé de payer *à peine de tous dépens, dommages et Intérêts*, de ceux où son engagement était pur et simple et sans une pareille clause.

Au premier cas, on accordait aux Intérêts la même hypothèque qu'au principal, parceque c'était une des conditions de l'acte.

Dans le second cas, au contraire, comme des Intérêts ne pouvaient être produits que par une demande judiciaire, et non par l'obligation qui n'en parlait pas, on n'accordait l'hypothèque à ces Intérêts que du jour de la sentence de condamnation qui les prononçait. Telle était anciennement la jurisprudence du parlement de Paris, comme le justifient divers arrêts cités par Brodeau sur Louet.

Mais il en est autrement aujourd'hui; et la clause *à peine de dépens, dommages et Intérêts*, est censée comprise dans tous les actes, comme une suite nécessaire de l'obligation : c'est pourquoi, dans la distribution des deniers provenant du prix des immeubles d'un débiteur, les créanciers sont colloqués pour leurs Intérêts comme pour leurs capitaux, suivant la date de leurs hypothèques.

Il faut néanmoins excepter de cette règle, par rapport au ressort du parlement de Paris, la province d'Auvergne, où les Intérêts ne sont colloqués dans les ordres qu'après tous les capitaux.

II. En Normandie, où l'on est plus réservé qu'ailleurs sur les Intérêts, on les adjuge à la caution, à l'obligé, à l'héritier qui a payé des arrérages de rente pour le débiteur principal, le co-obligé, ou le co-héritier; on lui accorde même pour son recours à raison des arrérages, la même hypothèque que celle qui résulte de l'acte de cautionnement, ou de la garantie de droit ou de fait; mais il n'a pas la même hypothèque pour les Intérêts des arrérages qu'il a payés, ni pour ceux qui ont été adjugés à cause de la mise en demeure de payer. Voici ce qui est réglé à ce sujet par les placités du 6 avril 1666 :

« Art. 149. Les Intérêts dus pour le recours des arrérages payés par le plège ou cohéritier, ont hypothèque du jour des paiemens, s'il a payé sur la poursuite du créancier, laquelle poursuite il est tenu de faire savoir au principal obligé dans les six mois, et en avoir acte en justice, autrement lesdits Intérêts n'ont hypothèque que du jour de l'action.

» 150. Mais les Intérêts des arrérages que le plège a payés volontairement, ainsi que ceux qui sont adjugés par le retardement d'une dette, ne sont dus et n'ont hypothèque que du jour de la demande ».

L'art. 595 de la coutume de Normandie accorde une hypothèque pour les exécutoires de dépens, non depuis le jour du jugement qui les a prononcés, mais du jour de l'introduction de l'instance; et Berault, sur cet article, cite un arrêt du 31 mars 1583, rendu entre Bertrand Loursonneur et Marie Dequelle, par lequel le parlement de Rouen a jugé que les Intérêts provenans d'une inscription en faux, c'est-à-dire, des dommages et Intérêts, aussi bien que des dépens, avaient hypothèque du jour de l'instance qui les avait occasionnés.

Enfin, dans la même province de Normandie, toute obligation sous signature privée a, suivant l'art. 136 du règlement du 6 avril 1666, hypothèque du jour du décès de l'obligé, quoiqu'elle ne soit ni reconnue ni contrôlée; d'où il suit que, quand cette obligation peut produire des Intérêts, ils ont la même hypothèque que le capital dont ils sont l'accessoire.

III. Dans les pays régis par le droit écrit, on attribue aux Intérêts la même hypothèque qu'au capital; cependant la jurisprudence n'est pas uniforme dans les parlemens, sur la manière de colloquer les capitaux et les Intérêts. Dans quelques-uns, on colloque les Intérêts avant le capital; dans d'autres, au contraire, on colloque le capital avant les Intérêts; et dans quelques-uns, le capital et les Intérêts par concurrence.

Le seul parlement de Toulouse a une jurisprudence différente sur la collocation des Intérêts, dans la distribution du prix des immeubles entre les créanciers du débiteur : on y fait d'abord un premier ordre, où tous les créanciers sont colloqués selon la date de

leurs hypothèques, pour les capitaux qui leur sont dus; et quelques-uns d'eux, tant pour les capitaux que pour les Intérêts, quand ce sont les Intérêts privilégiés; ensuite, on procède à un second ordre, entre ces mêmes créanciers, pour les Intérêts des capitaux colloqués dans le premier ordre, et suivant les mêmes hypothèques; d'où il résulte que le second ordre ne peut produire aucun effet qu'après l'exécution du premier. Par ce moyen, il arrive fréquemment que des créanciers, utilement colloqués pour leurs capitaux, le sont inutilement pour les Intérêts de ces capitaux.

D'Olive indique, dans ses *Maximes journalières*, les Intérêts qui doivent être colloqués au même rang que les capitaux dans le premier ordre. Ces Intérêts sont ceux des dots, des légitimes, du prix des biens vendus, et des Intérêts payés par une caution, un co-héritier ou un co-obligé.

[[IV. Il existe aujourd'hui, sur tout cela, des règles uniformes. *V.* les articles *Hypothèque*, sect. 1, §. 11, et sect. 2, §. 2, art. 11; *Inscription hypothécaire*, §. 5, n°. 11, et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *intérêt*, §. 3, 4, 5, 6 *et* 7.

V. De quel jour date l'hypothèque des Intérêts d'une somme prêtée avec subrogation, pour acquitter des Intérêts ayant hypothèque?

« Un arrêt du parlement de Pau, du 20 décembre 1714, juge que celui qui prête une somme pour payer à un ancien créancier ce qui lui est dû en capital et Intérêts, n'a pour les Intérêts qui courent en sa faveur de la somme qui était Intérêt en mains du premier créancier, que l'hypothèque de l'obligation par lui stipulée.

» L'arrêt est plein de justice, vu que la subrogation ne peut donner au nouveau créancier que le droit que l'obligation primitive avait donné au premier créancier, et que les Intérêts des Intérêts ne courent qu'en vertu de la nouvelle stipulation : on ne peut accorder, à cet égard, l'hypothèque que depuis l'acte qui la contient, au préjudice des créanciers intermédiaires, dont la condition ne doit pas être rendue pire par une convention où ils n'ont nulle part ». (*Recueil manuscrit de Dubosc.*)]]

§. VI. *Du taux des Intérêts.*

I. La loi a seule le droit de fixer le taux des rentes et des Intérêts.

Anciennement ce taux était au denier dix du capital, comme le justifie l'art. 376 de l'ancienne coutume d'Orléans, rédigée en 1509 : « Il est prohibé et défendu (porte-t-il) » d'acquérir et acheter rentes à moindre » prix que de dix livres tournois, pour le prin» cipal de vingt sous tournois de rentes ».

Par édit du mois de mars 1576, Charles IX fixa le taux des rentes et des Intérêts au denier douze.

Un autre édit, donné par Henri IV au mois de juillet 1601, régla le taux des Intérêts au denier seize.

Ce même taux fut fixé au denier dix-huit par un édit de Louis XIII, donné au mois de mars 1634.

Par un autre édit du mois de décembre 1665, Louis XIV fixa le taux des Intérêts au denier vingt.

L'Intérêt fut réduit au denier cinquante par un édit de Louis XV, donné au mois de mars 1720; mais cette loi ne fut enregistrée dans aucun parlement, et demeura sans exécution.

Un autre édit du mois de juin 1724 fixa les Intérêts au denier trente; et par un autre édit du mois de juin de l'année suivante, ils furent rétablis au taux réglé par l'édit de décembre 1665, c'est-à-dire, au denier vingt.

Les choses sont restées dans cet état jusqu'au mois de juin 1766, que Louis XV fit publier un édit portant qu'à l'avenir on ne pourrait stipuler l'Intérêt sur un pied plus fort que le denier vingt-cinq.

Cette loi ayant rendu la circulation de l'argent plus rare, il y a été dérogé par un édit du mois de février 1770, qui a ordonné qu'à compter du jour qu'il serait publié, les Intérêts seraient et demeureraient fixés dans toute l'étendue du royaume, à raison du denier vingt du capital, tels qu'ils avaient lieu avant l'édit du mois de juin 1766; mais le roi a en même temps déclaré qu'il n'entendait *rien innover aux contrats de constitution, aux billets portant promesse de passer contrat de constitution, et aux autres actes faits jusqu'au jour de la publication de ce dernier édit.*

Cette disposition est particulièrement fondée sur ce que le principal d'une rente étant aliéné à perpétuité en faveur du débiteur, il ne serait pas juste de rendre pire la condition du créancier, dans le cas d'une diminution du taux des Intérêts, attendu qu'il ne peut exiger le rachat de la rente, et qu'au contraire le débiteur a la faculté de faire ce rachat quand il le juge à propos.

II. En est-il de même des Intérêts, soit légaux, soit conventionnels, soit judiciaires? Non, ils sont sujets à varier suivant les différens édits qui en règlent le taux; et ils ne peuvent être exigés qu'en conformité de ces édits : en cela, la loi ne fait tort ni au créancier, ni au débiteur, attendu que l'un peut se faire payer, et l'autre se libérer, quand ils le jugent à propos.

Quelques auteurs ont néanmoins fait une distinction entre les Intérêts judiciaires et les Intérêts légaux ou conventionnels : ils ont pensé que les premiers ne provenant que de l'office du juge, ils devaient varier à chaque changement de taux (1); mais que les autres ayant été fixés par la convention, suivant le taux permis au temps du contrat, ce taux ne devait pas être plus sujet à varier que celui d'une constitution de rente.

Mais cette opinion n'est pas suivie quant aux Intérêts légaux ou conventionnels (2). En effet, on ne peut assimiler ces intérêts à des arrérages de rente constituée. Les Intérêts sont dus pour un capital exigible, et les arrérages le sont pour un capital aliéné à perpétuité et dont, par conséquent, le créancier ne peut demander le remboursement; ainsi, lorsque les parties stipulent dans un acte des Intérêts et les fixent au taux de l'ordonnance, elles ne stipulent que des Intérêts tels que le juge prononcerait en pareil cas sur une demande judiciaire; or, comme il n'est pas permis de stipuler des Intérêts plus forts que ceux que la justice accorderait, il faut en conclure qu'on ne peut pas, par la suite, en exiger d'autres que ceux qu'elle accorderait alors pour la même cause.

Le parlement de Paris a rendu plusieurs arrêts conformes à cette doctrine. Il y en a notamment un du 17 mai 1692, un second du 19 mars 1696, et un troisième du 27 août 1707 (3).

Ce dernier arrêt, en jugeant, comme les précédens, que le taux des Intérêts légaux ou conventionnels devait varier comme celui des Intérêts judiciaires, a d'ailleurs décidé que, pour obtenir une réduction des Intérêts excédant le taux de chaque édit, il fallait une demande précise relative à chacun de ces édits.

Un arrêt du 28 juillet 1758 a jugé la même chose pour le cas où un nouvel édit hausse le taux des Intérêts.

« L'abbé de Poilevé, en vendant la terre de Bujaleux au sieur de Ventaux, par contrat du 18 août 1724, stipula que le prix lui en serait payé deux ans après le contrat, avec l'Intérêt au denier 30. Le sieur de Ventaux ne paya pas au terme, et laissa même passer plusieurs années; et ce retard donna lieu à la question de savoir si l'Intérêt, après les deux ans écoulés, devait courir sur le pied du denier 30, ou sur le pied du denier 20.

» Le sieur de Ventaux disait que, l'Intérêt étant fixé par le contrat, on ne pouvait l'augmenter; que le contrat faisait la loi des parties; et que le défaut de paiement prorogeait l'action sans innovation.

» L'abbé de Poilevé répondait que, quand il avait stipulé que l'Intérêt de son prix lui serait payé sur le pied du denier 30, c'était alors le prix courant; et que les édits subsistans ne permettaient pas alors de stipuler un Intérêt plus considérable; mais que, dans l'intervalle de l'échéance, l'Intérêt légal ayant été remis sur le pied du denier 20, qui était l'ancien taux, le capital avait dû produire des Intérêts sur le pied fixé par la loi, à l'expiration du temps pour lequel seulement il y avait convention. »

» Par sentence rendue au Châtelet, le 4 avril 1755, il a été jugé qu'à l'expiration des deux ans, les Intérêts avaient couru sur le pied du denier 20; mais cette sentence a été infirmée par l'arrêt cité. Le défaut d'avoir, après les deux ans, fait une sommation de payer le prix, a déterminé la cour à n'adjuger les Intérêts que sur le pied du denier 30 ».

---

(1) [[Et cela résulte clairement de la différence qu'il y a, par rapport à la rétroactivité des lois, entre celles qui régissent les effets immédiats des contrats et celles qui n'en régisssent que *les suites*. *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, art. 3 et 4]].

(2) [[Je prouverai dans un instant qu'elle doit et a toujours dû l'être.]]

(3) [[Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Pau; témoin le passage suivant des *Recueils manuscrits des anciens avocats* de cette cour.

« Si le débiteur s'oblige de payer les Intérêts *ainsi qu'ils sont réglés par la loi, jusqu'à solution*, sur quel pied sont-ils dus?

» Un arrêt du parlement de Pau, du 4 décembre 1734, juge qu'ils doivent se payer conformément aux lois intervenues jusqu'au paiement. Le débiteur prétendait que le règlement existant lors du contrat, devait faire la règle, et que l'intention des parties avait été de suivre ce premier règlement. Le créancier, au contraire soutint qu'il avait été convenu de suivre les différens règlemens, et cita deux arrêts de la même cour qui l'avaient ainsi jugé en pareil cas, rendus, l'un à l'audience, parties la dame Bayard et un particulier; l'autre, au rapport de M. Casenave conseiller, entre la dame de Partarieu et le sieur Castera d'Argagnon ».]]

Ainsi s'exprime Denisart, au mot *Intérêt.* (M. Guyot.) *

[[Le parlement de Bordeaux avait, sur cette matière, une jurisprudence absolument opposée à celle du parlement de Paris.

1°. Une attestation de l'ordre des avocats de cette ville, du 12 juillet 1737, porte, dit Salviat, page 320 « que les Intérêts qui courent » de plein droit et *ex naturâ rei*, comme pour » dot, légitime, compte de tutelle s'allouent, » savoir : en fait de dot, sur le pied qu'ils » étaient dus lors du décès du père ou de la » mère; et en fait de tutelle, sur le pied » qu'ils étaient dus au jour où elle a com- » mencé; qu'ils sont toujours les mêmes, » quoiqu'il y ait eu des déclarations du roi » subséquentes qui en aient diminué le taux, » ce qui est conforme à la disposition de l'art. 4 » de l'édit du mois de juin 1725; et qu'il a » toujours été jugé ainsi depuis les déclara- » tions de 1720, 1724, 1725, qui ont varié le » taux des Intérêts, malgré lesquels le parle- » ment de Bordeaux les a toujours fixés en » fait de légitime, dot, ou compte de tutelles, » sur les taux qui étaient établis lors de l'ori- » gine de ces créances; sauf néanmoins du » reliquat de tutelles fixé à la majorité, dont » le parlement n'accorde les Intérêts depuis » cette époque, que sur le pied où ils étaient » lors de l'accomplissement de la majorité.

» 2°. Quant aux Intérêts qui sont dus *ex judicato* (ajoute le même auteur), il a été jugé en 1743, à la première des enquêtes, au rapport de M. Pichard, qu'ils ne suivaient pas les variétés ordonnées ensuite par les édits, dans le reste du royaume.

» 3°. L'ordre des avocats au parlement de Bordeaux a encore attesté, le 30 juin 1739, que, suivant la jurisprudence de cette cour, « les Intérêts stipulés dans les anciens con- » trats de prêt, continuaient à être réglés » sur le pied de leur stipulation et du taux » qui avait lieu au temps du contrat ». Ce sont les termes de Salviat, page 320.

« Nos attestations (continue-t-il) mettent » le contrat de simple prêt au niveau de celui » de constitution de rente, dans le cas où » on y a stipulé le taux de l'Intérêt »;

Et cependant (comme le prouve le même auteur, page 307), « la jurisprudence du par- » lement n'attribuait pas à la seule stipulation » la vertu de faire produire des Intérêts au » contrat de prêt; il fallait qu'à cette sti- » pulation se joignit un commandement fait » à sa personne, ou au domicile du débi- » teur».

Quoi qu'il en soit, si, sur les deux premiers points, la jurisprudence du parlement de Paris était plus régulière que celle du parlement de Bordeaux, la jurisprudence du parlement de Bordeaux était en revanche plus régulière, sur le troisième, que celle du parlement de Paris. Car l'édit de 1725 et celui de 1770, en fixant pour l'avenir le taux de l'Intérêt, n'exceptaient pas seulement de leurs dispositions les contrats de constitution de rente et les billets portant promesse de passer contrat de constitution, qui avaient été faits avant la publication de ces lois, ils en exceptaient également *les autres actes* qui avaient une date antérieure à cette publication; et l'on verra, ci-après, n°. 6, que, sur ce même point, la législation nouvelle s'est conformée à la jurisprudence du parlement de Bordeaux. Voyez d'ailleurs l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 3, n°s. 7 et 8.]]

* On a douté, pendant long-temps, à Pau et dans le ressort du parlement de cette ville, si les Intérêts ayant été stipulés au denier 50, par exemple, dans un temps où l'on ne pouvait les stipuler que sur ce taux, ils pouvaient être fixés au denier 20 par une seconde convention passée entre le créancier et le débiteur, dans un temps où le taux de ces Intérêts était permis. Cette question a été diversement jugée, mais on doit considérer la jurisprudence comme fixée par un arrêt rendu au second bureau du parlement de Navarre, le 20 juin 1778, au rapport de M. de Bellocq fils, entre Loustalan de Lalongue et Puntayan de Lube. Le second bureau, arrêté par la diversité des préjugés qu'on opposait, crut qu'il convenait d'en référer aux chambres assemblées, et ce fut sur ce référé que fut rendu l'arrêt. La principale et l'unique considération contre le changement d'un moindre taux en un plus fort, était la faveur de la libération et le défaut de liberté qu'on doit nécessairement supposer de la part d'un débiteur dans des conventions passées entre lui et son créancier; mais, en admettant la stipulation des Intérêts, il n'était pas illicite de les stipuler sur un taux plus fort, dès qu'il était autorisé par les ordonnances; et c'eût été nuire infiniment aux débiteurs, que de proscrire ces accroissemens d'Intérêts, puisque, les créanciers pouvant placer plus avantageusement ailleurs leur argent, il y avait lieu de craindre qu'ils n'obligeassent leurs débiteurs au paiement, et ne se livrassent dans cet objet à des exécutions plus fâcheuses encore que le changement du taux de l'Intérêt. (M. Mourot.) *

[[Du reste, le parlement de Pau jugeait que les Intérêts judiciaires d'une somme due

en vertu d'un contrat, devaient se régler non par la loi du temps du contrat même, mais par la loi du temps de la demande.

« Un arrêt du parlement de Pau, du 2 décembre 1723, parties la dame Casalis, veuve du sieur Guimbeaud d'Agnos, et la dame de Persillon sa mère, jugea que cette dernière ne pouvait prétendre les Intérêts de son augment, qu'à raison de deux pour cent, taux légal au temps de la demande, quoique le contrat de mariage, entre elle et le sieur de Casalis, eût été passé dans le temps où l'Intérêt était sur le pied du denier 20. Il y avait même cette circonstance, que la mère était âgée de soixante-quinze ans et paralytique.

» Arrêt semblable de la même cour, au rapport de M. de Sorberio, entre M. Daudoins, conseiller, et la dame Daudoins, sa sœur, épouse du sieur Roch ». (*Recueils manuscrits des anciens avocats au parlement de Pau.*)

V. ci-devant, §. 2, nº. 1, l'arrêt de la même cour, du 24 mai 1730.]] .

[Peut-on exiger l'intérêt à cinq pour cent d'un fonds laissé entre les mains d'un acquéreur, au denier 25, ponr garantie d'une hypothèque non ouverte, dans le temps que le taux de l'argent était à quatre pour cent, sous le prétexte que depuis l'argent a été porté au denier 20?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante, à la grand'chambre du parlement de Paris.

En 1768, M. le prince de Condé a acheté l'hôtel de Brancas, moyennant 800,000 livres, payables après l'interposition du décret volontaire. Par le contrat d'acquisition, il a été stipulé que, jusqu'au remboursement, le prince paierait l'Intérêt sur le pied du denier vingt-cinq. S'il survenait des oppositions au décret, le comte de Lauraguais, vendeur, s'oblige d'en apporter main-levée pure et simple dans la quinzaine de la dénonciation.

La comtessse de Lauraguais ayant formé opposition au décret, pour la conservation de son douaire de 10,000 livres de rente, le comte de Lauraguais consentit que le prince de Condé gardât entre ses mains 250,000 livres, faisant le fonds de la rente au denier vingt-cinq.

Le 14 mai 1770, sentence d'ordre des requêtes du palais, qui ordonne en effet que M. le prince de Condé gardera cette somme de 250,000 livres, dont l'intérêt à quatre pour cent formera la sûreté des 10,000 livres de rente de douaire.

On sait qu'en 1768, époque où le prince de Condé avait acheté l'hôtel de Brancas, le taux légal de l'argent était à quatre pour cent; mais on sait aussi que depuis, par l'édit du mois de février 1770, il a été porté à cinq; cette circonstance a fourni au comte de Lauraguais un prétexte pour demander que le prince de Condé fût tenu de lui rembourser 50,000 livres, sur les 250,000 livres qu'il avait dans ses mains, et de continuer la rente de 200,000 livres qui lui resteraient, sur le pied de cinq pour cent, ce qui formerait 10,000 livres de rente, et par conséquent une sûreté suffisante pour le douaire de la comtesse de Lauraguais, qui n'excédait pas cette somme.

Le comte de Lauraguais disait que ce n'était pas un placement perpétuel qu'il avait avait fait en 1768, entre les mains du prince de Condé; qu'il avait simplement déposé une somme dont l'Intérêt devait être réglé par la loi; que cet Intérêt avait dû être de quatre pour cent, tant que le taux de l'argent avait été ainsi fixé; mais qu'il devait être porté à cinq depuis l'édit de février 1770. Il ajoutait que le dépôt n'avait pour objet que la sûreté du douaire de la comtesse de Lauraguais; et qu'une somme de 200,000 livres produisant 10,000 livres de rente, *suffisait* pour cet effet. En conséquence, il avait interjeté appel de la sentence d'ordre, qui avait autorisé le prince à garder dans ses mains 250,000 livres.

On soutenait, au contraire, pour M. le prince de Condé, que, d'après son contrat, il ne devait payer l'Intérêt du prix jusqu'au remboursement, qu'à raison du denier vingt-cinq; que, d'après ce même acte, le comte de Lauraguais devait rapporter main-levée des oppositions qui pourraient survenir au décret; que n'ayant pas donné la main-levée de celle que la comtesse de Lauraguais avait formée pour son douaire, le prince de Condé était obligé de retenir des deniers suffisans pour y faire face; et que, comme ce douaire était de 10,000 livres de rente, et que le prince de Condé ne devait l'Intérêt du prix jusqu'au remboursement qu'au denier vingt-cinq, il lui fallait nécessairement une somme de 250,000 livres pour la sûreté de ce douaire; que l'édit de février 1770, qui portait le taux de l'argent à cinq pour cent, n'avait aucunement pour objet de déroger aux conventions déjà existantes; que, dans tous les cas, il était permis de placer son argent au-dessous du taux légal; et que le comte de Lauraguais, sous tous les points de vue, était non-recevable et mal fondé dans ses prétentions.

La cause a été plaidée par M. Treilhard, pour le prince de Condé; par M. Hardouin de la Reynerie, pour le comte de Lauraguais; et sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, il est intervenu, le jeudi 1er. avril 1784, un arrêt qui a débouté le comte de Lauraguais de ses demandes, avec dépens.]

* III. Le prix d'un immeuble, d'un office, d'un fonds de commerce, d'un Intérêt dans une société, dépend de la convention des parties; mais lorsqu'une fois ce prix se trouve arrêté, il n'est pas permis au vendeur d'en stipuler les Intérêts à un taux plus fort que celui de l'ordonnance, sous prétexte que cet excédant d'Intérêt fait partie du prix de la vente. En pareil cas, on réduit les Intérêts au taux de l'ordonnance, et l'on impute sur le capital ce qui a pu en être payé au-delà de ce taux. C'est ce qui résulte de divers arrêts du parlement de Paris.

L'un, du 11 décembre 1638, a infirmé une sentence du 22 janvier 1631, par laquelle le bailliage de Mantes avait ordonné l'exécution d'un bail d'héritage fait moyennant 150 livres de rente, rachetables de 1500 livres, et en entérinant les lettres de rescision obtenues contre ce contrat, l'a déclaré vicieux et usuraire, et ordonné que les sommes payées pour les arrérages de la rente, excédant l'Intérêt légitime de la somme de 1500 livres, seraient imputées sur le capital.

Un second arrêt du 29 décembre 1648 a confirmé une sentence de la sénéchaussée d'Angers, par laquelle il avait été jugé qu'un particulier, qui, au mois d'avril 1634, avait vendu un office sous la condition que l'acquéreur paierait l'intérêt du prix convenu, sur le pied du denier seize jusqu'au parfait paiement du capital, tandis que, par l'édit du mois de mars précédent, le taux des Intérêts avait été fixé au denier dix-huit, n'avait pu faire une pareille convention; et qu'en conséquence, ce qui avait été payé d'Intérêts au delà du denier dix-huit, serait imputé sur le capital.

Un troisième arrêt du 4 février 1716 a pareillement jugé qu'en vente d'office, il n'était pas permis de stipuler les Intérêts du prix de la vente à un denier plus fort que le taux de l'ordonnance.

Observez néanmoins qu'en vendant des choses dont les Intérêts sont de droit ou peuvent être stipulés, on a la liberté de convenir que les Intérêts du prix de la vente seront payés sans aucune déduction ni retenue des dixièmes, vingtièmes et autres impositions royales actuelles ou à survenir. Comme on suppose que ces impositions ne subsisteront pas toujours, on regarde cet avantage du vendeur comme faisant partie de la vente; et l'on présume que, sans cette convention, la vente n'aurait pas eu lieu.

Mais, il n'en est pas de même en matière de rente constituée à prix d'argent. Comme l'argent a une valeur fixe, l'exemption des impositions royales serait un excédant de taux qu'il n'est pas permis d'exiger. Ainsi, toute stipulation d'exemption d'impositions royales dans un contrat de constitution, est nulle et de nul effet; et ce qui a été payé en arrérages au-delà du taux de l'ordonnance, doit être imputé sur le capital. La même règle doit être suivie, à plus forte raison, à l'égard des sommes prêtées avec Intérêt, sans aliénation du capital, dans les provinces où ces sortes de prêt sont autorisées.

[Un arrêt de la cour souveraine de Nancy, du 14 février 1764,

« Faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, interdit le sieur Thierry de ses fonctions de notaire et de procureur pendant trois mois, lui enjoint d'être plus circonspect dans l'une et l'autre fonctions; lui fait défenses, et à tous autres notaires du ressort de la cour, de stipuler dans les contrats qu'ils recevront, causés pour prêts de deniers, au profit d'autres néanmoins que de gens de main-morte imposés sur les rôles du don gratuit, que la rente ou Intérêt sera payée sans aucune retenue de vingtième, dixième ou autres impositions royales, de quelque espèce qu'elles puissent être, quand bien même les débiteurs déclareraient renoncer aux bénéfices des ordonnances ou déclarations qui y seraient contraires; à peine d'être, lesdits contrats, déclarés usuraires, et d'être procédé par voie extraordinaire, tant contre lesdits notaires, que contre ceux au profit desquels ces actes seraient passés, pour être les uns et les autres punis suivant la rigueur des lois et ordonnances; ordonne qu'à la diligence du substitut du procureur général au bailliage de S.-Mihiel, il sera fait annotation du présent arrêt en marge de la minute du contrat reçu par ledit....., le 8 février 1756, et que pareille annotation sera faite par le greffier de la cour, en marge de la grosse, etc.

« A pareillement fait défenses à toutes personnes de quelque état, qualité et condition qu'elles soient, à l'exception desdits gens de main-morte imposés sur les rôles du don gratuit, de passer, exiger, ni accepter des billets

ou autres actes sous seing-privé, portant lesdites stipulations à leur profit, ou toutes autres contraires aux édits ou ordonnances du roi, au sujet des impositions royales;

« Ordonne que le présent arrêt sera lu, publié, affiché et envoyé partout où besoin sera, à l'effet de quoi il sera signifié audit Thierry, à ses frais, à la diligence du procureur général ».

Cet arrêt a été cassé, quant aux peines qu'il prononçait contre le sieur Thierry, par arrêt du conseil d'état du roi Stanislas, du 7 mai de la même année; mais il ne l'a été qu'avec cette réserve : *ledit arrêt contenant les défenses audit Me Thierry, et à tous notaires et tabellions de stipuler contre les débiteurs, les charges du vingtième ou autres impositions royales au-delà de la rente ou Intérêt, sortissant au résidu son effet.*

Le parlement de Navarre a, sur cet objet, une jurisprudence fort étrange. Sous le prétexte que les impositions connues sous les noms de dixièmes et de vingtièmes, ont été abonnées par les états de son ressort, il juge que les débiteurs ne peuvent en faire aucune retenue. Voici dans quels termes cette jurisprudence nous a été attestée par M. Mourot, avocat et professeur de droit à Pau :

« La retenue des vingtièmes et des dixièmes est accordée par les édits qui ont établi des impositions sur les rentes et intérêts dont sont tenus les débiteurs; mais comme ces impositions ont été abandonnées par les états de Béarn et de Navarre, et qu'on n'a point suivi dans le règlement de la somme abandonnée sur les redevables, les taux du dixième et du vingtième, le parlement a rebuté la demande de cette retenue, et a accueilli la stipulation contenue dans les contrats que les rentes ou les Intérêts seraient payés sans retenue de dixième, vingtième et autres impositions.

» Il y a entre autres arrêts, celui du 5 avril 1750, rendu à l'audience de la grand'chambre, plaidant Me. Deconte père et Me. Devergès, entre la dame Debaringue et le syndic du clergé de Legas. Cet arrêt a été rendu dans le cas de la stipulation, mais on juge de même dans le cas où les parties n'en seraient point convenues ».

Le parlement de Flandre a autrefois jugé de même, en certains cas; mais sa jurisprudence est aujourd'hui fixée imperturbablement en faveur de la retenue. Nous en rapporterons les preuves sous le mot *Vingtième.*]

[[IV. On a vu à l'article *Contributions publiques*, que les lois des 22 novembre 1790 et 3 frimaire an 7, ont permis de stipuler pour l'avenir la non-retenue des impositions publiques, même dans les contrats de constitution et de prêt portant Intérêt au taux légal le plus élevé; mais qu'à l'égard du passé, elles s'en sont référées aux anciennes lois. De là est née la question de savoir si une pareille clause exprimée dans un contrat de constitution de rente antérieur à l'édit des vingtièmes de 1749, peut aujourd'hui avoir son effet.

Par acte notarié du 16 septembre 1746, la veuve Martin avait constitué, au profit du sieur Ponteau, pour un capital de 14,000 livres, une rente annuelle de 700 livres *franche, quitte et exempte de dîmes royales et autres charges extraordinaires, créées ou à créer.* En 1764, elle avait vendu aux sieurs Majorel quelques immeubles, à la charge notamment de payer au sieur Ponteau la rente de 700 livres, de la même manière qu'elle y était tenue. En l'an 6, le sieur Desserres, successeur du sieur Ponteau, a réclamé plusieurs années d'arrérages de cette rente. Il a dirigé sa demande contre la veuve Martin; et celle-ci a appelé en garantie les sieurs Majorel.

Le 3 messidor an 6, jugement par lequel le tribunal civil de la Haute-Garonne condamne, d'un côté, la veuve Martin à payer au sieur Desserres les arrérages réclamés, et d'un autre, les sieurs Majorel à garantir cette veuve.

Sur l'appel, le sieur Desserres a prétendu que les arrérages de la rente dont il s'agit, n'étaient passibles d'aucune retenue pour les impositions, attendu qu'aux termes de l'acte de constitution, cette rente était franche; il a, en conséquence, conclu à la restitution d'une somme de 175 livres, qui avait été retenue pour les impositions sur ce qui était échu et avait été payé en 1792.

Ainsi, question de savoir si la clause de non-retenue exprimée dans le contrat de constitution, pouvait avoir son effet.

Le 14 nivôse an 10, arrêt de la cour d'appel de Toulouse, qui juge pour l'affirmative, sur le fondement que les lois nouvelles, notamment celles des 14 pluviôse an 5 et 3 frimaire an 7, ont maintenu dans toute leur force les conventions faites au sujet de la non-retenue.

Les sieurs Majorel se sont pourvus en cassation contre cet arrêt; et voici comment ils ont exposé leurs moyens :

« A l'époque du contrat de constitution de rente dont il s'agit, l'intérêt était, par l'édit de 1725, fixé au denier 20; et il était assujéti à la retenue du vingtième. On ne pouvait, par aucune convention particulière, affranchir l'Intérêt légal de cette retenue, toute clause de non-retenue étant une stipulation d'un

excédant d'Intérêt qu'il n'était pas permis d'exiger. Aussi une pareille clause était-elle nulle et de nul effet; et ce qui avait été reçu pour le vingtième, devait-il être imputé sur le capital. Les auteurs et la jurisprudence sont d'accord à ce sujet.

» Les lois nouvelles ont-elles dérogé à ce principe? L'art. 4 de la loi du 15 pluviôse an 5 voulait bien que les conventions, au sujet des retenues à faire sur les rentes et Intérêts, eussent leur exécution; mais cette loi n'était que provisoire et ne s'appliquait qu'aux rentes constituées par des actes postérieurs à sa promulgation; et la loi du 3 frimaire an 7 a rétabli sur ce point l'ancienne législation. La rente dont il s'agit était donc soumise à la retenue des impositions; et par conséquent la cour d'appel de Toulouse n'a pu affranchir de toute retenue les arrérages de cette rente ».

Le défendeur a répondu que la loi du 15 pluviôse an 5 n'avait pas seulement disposé pour l'avenir; qu'elle n'avait été rendue que pour régler le paiement des arrérages des rentes constituées avant sa promulgation; et que les lois déclaratives d'un droit ancien étaient toujours, en ce sens, rétroactives. Il a, au surplus, soutenu qu'à son égard les demandeurs étaient non-recevables dans leur recours en cassation, l'arrêt attaqué n'ayant prononcé de condamnation à son profit que contre la veuve Martin, qui ne se plaignait pas.

Par arrêt du 9 brumaire an 13, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu que, comme garans de la veuve Martin, les Majorel ont intérêt à l'annullation de l'arrêt qu'ils ont attaqué;

» La cour rejette la fin de non-recevoir;

» Et vu l'édit du mois de juin 1725, les art. 8 et 9 de l'édit de 1749, la loi du 15 pluviôse an 5, les art. 98 et 99 de celle du 3 frimaire an 7;

» Attendu que les conventions ne doivent être exécutées que conformément aux lois sous l'empire desquelles elles ont été formées; que l'édit du mois de juin 1725 réglait le taux de l'Intérêt au denier 20, et que l'édit de 1749 a imposé la contribution d'un vingtième sur toutes les rentes constituées et Intérêts, et a voulu que cette contribution due par les rentiers et autres créanciers, fût à la décharge des propriétaires grevés desdites rentes et par eux retenue, lorsqu'ils feraient le paiement des arrérages; que l'exemption des impositions stipulées dans le contrat, était un excédant d'Intérêt qu'il n'était pas permis d'exiger, qu'ainsi, autoriser cet affranchissement de retenue, c'est contrevenir aux lois d'alors, qui ne permettaient la perception de l'Intérêt que sous la déduction de la contribution, et qui voulaient qu'elle vînt à la décharge des propriétaires;

» Que, lorsque le législateur a permis la stipulation de non-retenue, il s'en est expliqué, ainsi qu'il l'a fait par l'édit de 1766, qui permet de constituer au denier 25, sous cette condition; d'où il faut inférer qu'il ne l'a pas permise, quand il a autorisé les constitutions à un plus fort denier; que celles des dispositions de la loi du 15 pluviôse an 5, qu'on a voulu conserver, ont été reprises dans celles du 3 frimaire an 7, qui forme à cet égard le dernier état de la législation; que l'art. 99 de cette loi n'ordonne l'exécution des clauses de non-retenue d'impositions, que relativement aux prestations et rentes foncières; mais que l'art. 98 déclare formellement que les débiteurs de rentes et Intérêts créés avant la publication des décrets de novembre 1790, et qui étaient autorisés à retenir les impositions alors existantes, feront la retenue dans la proportion de la contribution foncière;

» D'où il suit que l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse renferme une contravention aux édits cités, ainsi qu'à l'art. 98 de la loi du 3 brumaire an 7, et une fausse application de l'art. 99 de la même loi et de la loi du 15 pluviôse an 5;

» La cour casse et annulle..... ».

Un arrêt semblable a été rendu entre les mêmes parties le 21 ventôse de la même année, au rapport de M. Dutocq.

V. Aujourd'hui la non-retenue n'a plus besoin d'être stipulée: elle est de droit pour l'Intérêt conventionnel comme pour l'Intérêt légal. Cette innovation est due à la loi du 3 septembre 1807.

Cette loi contient encore, sur le taux des Intérêts, d'autres dispositions non moins importantes. Pour en bien saisir l'objet, il faut remonter aux changemens que la révolution avait amenés sur cette matière. Écoutons l'orateur du gouvernement (M. Jaubert), dans l'*exposé des motifs* de cette loi, à la séance du corps législatif du 25 août précédent:

« Dans tous les temps, les nations civilisées se sont occupées de l'Intérêt de l'argent.

» Leur législation a dû varier. Chaque pays en effet a ses mœurs, ses habitudes, qui tiennent au caractère national, qui tiennent aussi à l'étendue du territoire, au numéraire circulant, comparé à la population et au commerce.....

» L'assemblée constituante décréta, le 2

octobre 1789, que tous particuliers, corps, communautés et gens de main-morte pourraient, à l'avenir, prêter l'argent à terme fixe avec stipulation d'Intérêt, *suivant le taux déterminé par la loi, sans entendre rien innover aux usages du commerce.*

» Ainsi, la législation était bien fixée; l'Intérêt légal était de cinq pour cent, sauf la retenue.

» En matière civile, l'Intérêt conventionnel pouvait être stipulé jusqu'à cinq pour cent.

» Mais encore alors, la retenue était de droit. Ce ne fut que le 22 novembre 1790, que l'assemblée constituante permit la stipulation de la non-retenue.

» A l'égard du commerce, les usages faisaient la règle. En général, c'était six pour cent, ou demi pour cent par mois.

» Ces règles ne purent résister à la création du papier-monnaie. Le mal s'accrut par la loi du 11 avril 1793, qui déclara expressément que l'argent était marchandise. La loi du 6 floréal an 2 rapporta celle du 11 avril; mais les conséquences du principe qui avait été proclamé, ne s'en faisaient pas moins sentir dans la plupart des affaires qu'on traitait alors.

» L'élévation des Intérêts n'était plus qu'une spéculation ordinaire. De là ces excès auxquels on se livra pendant le cours de ces temps désastreux. De là aussi les incertitudes des tribunaux, dont les uns auraient voulu élever un mur contre l'usure, tandis que les autres semblaient se déguiser tous les maux qu'elle entraînait.....

» Enfin, le Code civil vint poser les bases de la législation civile, et statua sur l'Intérêt légal et conventionnel. L'art. 1907 s'exprime ainsi : *l'Intérêt est légal ou conventionnel. L'Intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas.*

» Le Code laissait donc toute liberté dans les stipulations. Seulement, il déclarait que la fixation de l'Intérêt restait dans le domaine du législateur.

» Cette sage circonspection s'explique par les circonstances où nous étions alors. Sans doute le germe de toute amélioration existait depuis le 18 brumaire. Mais toutes les traces des anciens malheurs n'avaient encore pu être effacées. La fortune publique était assurée; mais les fortunes particulières se ressentaient encore de cette commotion qui les avait frappées, soit par la création du papier-monnaie, soit par d'autres événemens auxquels nous ne devons plus nous arrêter que pour bénir la main qui nous a retirés du précipice.

» Le Code civil a donc fait tout ce qui était possible dans les circonstances où il a paru.

» Ajoutons que ce Code, qui ne doit contenir que des règles éternelles, ne pouvait pas non plus fixer le taux de l'Intérêt, qui est variable de sa nature, et qu'il suffisait de le laisser dans le domaine de la loi.

» Le temps est venu où il s'agit d'examiner si cette fixation est nécessaire.

» Il suffit pour le décider, de jeter les yeux sur les maux qu'a produits et que produit encore l'arbitraire dans les stipulations.

» Il est reconnu que le taux excessif de l'Intérêt de l'argent attaque la propriété dans ses fondemens; qu'il mine l'agriculture; qu'il empêche les propriétaires de faire des améliorations utiles; qu'il corrompt les véritables sources de l'industrie; que par sa pernicieuse facilité de procurer des gains considérables, il détourne les citoyens des professions utiles et modestes; enfin, qu'il tend à ruiner des familles entières, et à y porter le désespoir.

» Le commerce lui-même est bien loin de réclamer une exception à ces principes. Les négocians honnêtes savent que cette source féconde de la prospérité des nations n'est utile qu'autant qu'elle porte sur des opérations naturelles. Si le commerce se livre à des spéculations d'Intérêt, il s'écarte de sa route, et finit par arrêter les progrès de l'industrie.

» Sans doute des capitalistes doivent profiter de la circulation et de l'emploi de leurs fonds. Mais il importe aussi de ramener parmi les classes laborieuses ceux que leur état y appelle.

» Quelles circonstances pourraient être plus favorables pour remédier à tous ces maux....?

» Voudrait-on se retrancher à dire que si la fixation de l'Intérêt conventionnel est utile en soi, il est à craindre que la loi ne soit pas exécutée?

» On pourrait d'abord demander si, lorsque la nécessité d'une loi est reconnue, on doit s'abstenir de la faire, sous prétexte que quelques individus pourront échapper à son exécution? Avec ces principes, que deviendrait l'ordre public?

» Mais on peut assurer que la loi sera exécutée. Elle le sera par les hommes qui sont toujours empressés d'exécuter les lois de l'état, et c'est le plus grand nombre. Elle le sera même par ceux qui ont cru jusqu'à présent pouvoir profiter de la latitude laissée par les lois précédentes, et qui ne seraient pas capables de s'élever contre un règlement d'ordre public. La loi sera exécutée par ceux

qui craindraient d'être soupçonnés de la violer. Elle le sera par ceux qui craindront d'être convaincus.

» Tout homme public qui se mêle des transactions des citoyens, s'il était assez peu délicat pour se prêter à des traités illicites, sera forcé à les maintenir dans les règles, par la crainte de perdre son état.

» Si le prêteur a excédé le taux, le tribunal réduira; si le prêteur se livre habituellement à l'usure, il pourra être condamné à une amende de la moitié du capital; si l'affaire présente des caractères d'escroquerie, le prévenu sera soumis, outre l'amende, à un emprisonnement qui pourra être de deux années.

» Enfin, si l'on disait qu'on ne pourra peut-être prévenir toutes les fraudes, il faut du moins convenir qu'on aura attaqué le mal dans sa racine. Si on abuse par des moyens indirects, la justice punira. A mesure que nous nous éloignerons des anciens souvenirs, la loi parviendra à former entièrement l'habitude nationale.....

» Il reste peu de choses à dire sur le taux à déterminer.

» Parlons d'abord de l'Intérêt civil ou entre non-marchands.

» La nation avait exprimé son vœu dans les assemblées bailliagères. L'assemblée constituante l'avait converti en loi, en autorisant la stipulation de cinq pour cent. Le projet actuel diffère seulement des décrets de l'assemblée constituante, en ce que, d'après ces décrets, la retenue avait lieu, si l'exemption n'était pas stipulée; au lieu que, d'après le projet, les cinq pour cent sont de droit libres et affranchis de toute retenue, sauf la convention contraire. Ce taux est rapproché du revenu des terres.

» A l'égard du commerce, on a trouvé juste de fixer l'Intérêt du prêt à un demi pour cent par mois.

» Dans beaucoup de places, l'Intérêt est au-dessous de six pour cent. Mais le législateur a dû laisser une certaine latitude. Le commerce aura tout ce qu'il peut désirer pour ses opérations. Celui qui prête à un Intérêt plus fort s'éloigne de la marche des affaires ordinaires. Celui qui emprunte à un taux plus élevé a déjà dans sa maison le germe de sa destruction. Montesquieu l'avait dit: *Pour que le commerce puisse se bien faire, il faut que l'argent ait un prix, mais que ce prix soit peu considérable; s'il est trop haut, le négociant, qui voit qu'il lui en coûterait plus en Intérêts qu'il ne pourrait gagner dans son commerce, n'entreprend rien. Le taux de six pour cent remplit donc tous les vœux du commerce.....*

» Nous n'aurions pas besoin d'avertir que la loi nouvelle ne doit point avoir d'effet rétroactif. Il aurait suffi de se référer à l'art. 2 du Code civil, qui porte que la loi ne rétroagit jamais. Mais pour éviter toute interprétation indiscrète et prévenir toutes alarmes, le projet contient un article qui déclare qu'il n'est rien innové aux stipulations d'Intérêt par contrats ou autres actes antérieurs.

» En ce qui concerne l'Intérêt légal, le projet dit qu'il ne pourra excéder cinq pour cent.

» Dans l'état présent, la retenue a lieu. Mais on a pensé que le débiteur qui se laissait poursuivre en justice, devait au moins être condamné à payer un Intérêt égal à celui qu'il est permis de stipuler. Cette innovation a paru utile, en ce qu'elle empêchera le débiteur de mauvaise foi de créer des incidens pour gagner un cinquième au préjudice du créancier ».

La loi qu'ont dictée ces motifs aussi sages que lumineux, est ainsi conçue :

« Art. 1. L'Intérêt conventionnel ne pourra excéder, en matière civile, cinq pour cent, ni, en matière de commerce, six pour cent; le tout sans retenue.

» 2. L'Intérêt légal sera, en matière civile, de cinq pour cent, et en matière de commerce, de six pour cent, aussi sans retenue.

» 3. Lorsqu'il sera prouvé que le prêt conventionnel a été fait à un taux excédant celui qui est fixé par l'article premier, le prêteur sera condamné par le tribunal saisi de la contestation à restituer cet excédant, s'il l'a reçu, ou à souffrir la réduction sur le principal de la créance, et pourra même être renvoyé, s'il y a lieu, devant le tribunal correctionnel, pour être jugé conformément à l'article suivant.

» 4. Tout individu qui sera prévenu de se livrer habituellement à l'usure, sera traduit devant le tribunal correctionnel, et, en cas de conviction, condamné à une amende qui ne pourra excéder la moitié des capitaux qu'il aura prêtés à usure. S'il résulte de la procédure qu'il y a eu escroquerie de la part du prêteur, il sera condamné, outre l'amende ci-dessus, à un emprisonnement qui ne pourra excéder deux ans.

» 5. Il n'est rien innové aux stipulations d'Intérêts par contrat ou autres actes faits jusqu'au jour de la publication de la présente loi ».

VI. On voit, par ce dernier article, que les stipulations d'Intérêts antérieures à la loi du 3 septembre 1807, doivent conserver tout leur effet, et qu'il n'est pas permis de réduire le taux de celles qui ont eu lieu pendant l'intervalle où il dépendait absolument des conventions des parties.

C'est ce qu'ont jugé trois arrêts de la cour de cassation, dont le *Bulletin civil* de cette cour nous retrace ainsi les espèces.

« Le sieur Lemoult de Grand-Champ constitua sur lui, le 19 fructidor an 7, une rente de vingt quintaux froment, moyennant une somme de 1,900 francs que lui paya Jean Daniel. Le 22 prairial an 10, le même Lemoult constitua sur lui, au profit des sieurs Prevost, une rente de vingt-quatre quintaux froment, et il chargea ces derniers de payer à sa décharge la rente de vingt quintaux qu'il devait à Daniel, et ce, jusqu'à ce qu'il leur plût rembourser audit Daniel la somme de 1,900 francs. Les sieurs Prevost n'ont pas voulu servir à Daniel la rente de vingt quintaux froment : ils ont prétendu qu'il ne pouvait exiger, et ils ne lui ont offert que l'Intérêt, au denier 20, de la somme de 1,900 francs. Daniel a maintenu que, s'ils ne voulaient pas servir la rente convenue, il fallait qu'ils remboursassent le principal. Un arrêt de la cour d'appel de Caen, du 20 juillet 1807, a jugé que la constitution tiendrait, et que la rente serait réduite à l'Intérêt au denier 20 de la somme de 1,900 francs.

» Sur quoi (arrêt du 3 mai 1809, par lequel), ouï le rapport de M. Gandon..... et les conclusions de M. Giraud, substitut de M. le procureur général;

» Vu les art. 1er. et 3 de la loi du 5 thermidor an 4, les art. 5, 6 et 7 de la loi du 15 fructidor an 5, l'art. 8 de la loi du 11 frimaire an 6, l'art. 1907 du Code civil, et enfin l'art. 5 de la loi du 3 septembre 1807;

» Considérant qu'il résulte de ces lois, que les parties avaient, le 19 fructidor an 7, toute liberté de faire les stipulations qu'elles jugeraient convenables en matière d'intérêts; que l'intérêt conventionnel a pu excéder celui de la loi jusqu'à la loi du 3 septembre 1807, et que celle-ci a encore déclaré ne rien innover aux stipulations d'Intérêts faites antérieurement par contrats ou autres actes; d'où il suit que l'arrêt du 20 juillet 1807, a fait une fausse application des lois anciennes, et est contrevenu aux lois citées;

» La cour casse et annulle.... ».

« Gauthier avait prêté diverses sommes et fourni différentes valeurs à Alexis Bertrand; ils comptèrent en fructidor an 2, de ces prêts et fournitures dont l'origine remontait à l'an 9. Bertrand, reliquataire, souscrivit, au profit de Gauthier, des effets de commerce qui comprirent les intérêts que Bertrand consentit porter à trois pour cent par mois; à l'échéance, ces effets étaient remplacés par d'autres de même espèce. Enfin, le 20 octobre 1806, Bertrand souscrit une lettre de change de 2,000 francs au profit de Gauthier; et le 25, il lui en passa une autre de 353 francs; ces deux lettres ont été protestées : ce protêt a été suivi d'une condamnation contre Bertrand en paiement du montant de ces effets. Bertrand soutint que le montant des lettres de change se composait d'un faible capital, d'Intérêts usuraires et d'Intérêts d'Intérêts.

» Le 15 janvier 1808, la cour d'appel de Limoges ordonne que les parties comparaîtront en personne à son audience; cet arrêt a été exécuté. Il s'est établi entre elles des débats sur les sommes prêtées, sur la fourniture des marchandises, le taux de l'intérêt, les comptes allégués, et sur les différentes circonstances de leurs traités.

» Par l'arrêt définitif du 11 mars 1808, la cour d'appel a réduit à 700 francs le montant des lettres de change, sur le fondement qu'il était prouvé qu'on y avait compris des Intérêts excessifs et des Intérêts d'Intérêts, et que l'équité ne permettait pas de tolérer des usures aussi extraordinaires que celles dont Gauthier était convaincu; que d'ailleurs, d'après l'ordonnance de 1673, on ne pouvait prendre l'Intérêt de l'Intérêt.

» C'est de ce dernier arrêt que Gauthier a demandé la cassation pour violation des lois de thermidor an 4, 15 fructidor an 5, et particulièrement de l'art. 1907 du Code civil et de l'art. 5 de la loi du 3 septembre 1807 sur le taux de l'Intérêt, en ce que la cour d'appel a réduit à 700 francs une créance de 2,353 francs fondée en titre, et que cette réduction n'a eu d'autre prétexte que les Intérêts excessifs stipulés par la convention, quoique de pareilles stipulations ne fussent pas alors réprouvées.

» Le défendeur a commencé par opposer une fin de non-recevoir contre le pourvoi; il l'a fait résulter de ce que tout était jugé par l'arrêt du 15 fructidor, qui n'était pas attaqué, et qui avait réduit la question du procès à la preuve de l'usure, et que cette preuve avait été acquise aux yeux de la cour d'appel, qui l'avait ainsi décidé par son arrêt définitif.

» Au fond, il répondait que la loi du 3 septembre 1807 n'avait maintenu, pour le passé, que les stipulations d'Intérêt conventionnel

faites sous l'empire du Code, qu'elle n'avait point autorisé celles antérieures au Code qui auraient excédé le taux ordinaire, et que les lois du 5 thermidor an 4 et autres n'avaient point permis de le dépasser; qu'au surplus, il avait toujours été défendu de prendre l'Intérêt de l'Intérêt.

» Le demandeur ne critiquait point l'arrêt sur ce dernier chef.

» Sur quoi (par arrêt du 20 février 1810), ouï le rapport de M. L. J. Rousseau....;

» Vu l'art. 1er. de la loi du 5 thermidor an 4, relative aux transactions entre citoyens, et qui leur confère la liberté de contracter comme bon leur semble; les art. 5, 6 et 7 de la loi du 15 fructidor an 5, qui valide tous traités, quelle que soit la valeur exprimée dans les actes; l'art. 1907 du Code civil qui porte en termes précis que l'Intérêt conventionnel pouvait excéder celui de la loi, quand la loi ne le prohibe pas; l'art. 5 de la loi du 3 septembre 1807 qui, en déclarant (après avoir porté la prohibition à l'avenir de pareilles stipulations) qu'il n'est rien innové aux stipulations d'Intérêts par contrats antérieurs à la publication de cette loi, suppose bien évidemment qu'elles étaient alors valablement faites;

» Attendu qu'il résulte de toutes ces lois que les parties avaient, en l'an 9 et années subséquentes, la liberté de faire les stipulations d'Intérêts qu'elles jugeaient convenables, et que cet Intérêt a pu excéder celui de la loi, jusqu'à la promulgation de celle du 3 septembre 1807; qu'ainsi la cour d'appel a fait une fausse application des lois anciennes, et contrevenu aux lois citées en tant qu'elle a réduit l'Intérêt des capitaux et valeurs des marchandises au-dessous de celui convenu entre les parties;

» La cour casse et annulle l'arrêt de la cour d'appel de Limoges du 11 mars 1808.... ».

« Le sujet de la contestation était un certain nombre de traites créées par Paulée en l'an 4, conçues *valeur en moi-même*, et acceptées par les frères Claro. On prétendit qu'une partie de ces traites avait eu pour cause des Intérêts usuraires: la cour de Douai, après avoir vérifié le fait, ordonna la réduction de ces Intérêts au taux de six pour cent, fixé par la loi du 3 septembre 1807; mais attendu que le taux des Intérêts dont il s'agissait, avait été convenu en l'an 4, à une époque où aucune loi n'avait fixé un taux au commerce; que, d'un autre côté, l'art. 1907 du Code civil dispose *que l'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas;* cette réduction n'avait pu être ordonnée sans violer la disposition de ce texte du Code civil. Aussi son arrêt a-t-il été cassé par celui (du 11 avril 1810), dont la teneur suit :

» Ouï le rapport de M. Genevois...;

» Sur le moyen résultant de ce que la cour d'appel aurait réduit au taux de six pour cent les intérêts *convenus* entre les parties, aux époques de frimaire et nivôse an 4, dates des lettres de change dont il s'agit au procès, et qui ont été reconnues avoir pour cause ces mêmes Intérêts convenus; vu l'art. 1907;

» Attendu qu'avant la publication du Code civil, il n'existait aucune loi qui eût fixé le taux de l'Intérêt *commercial;* qu'il n'existait aucune loi qui eût défendu d'exiger cet Intérêt au-dessus de six pour cent, ou d'un taux plus élevé : attendu que les usages du commerce formaient la seule règle à cet égard; que ces usages n'étaient point uniformes, et qu'ils variaient suivant les événemens et les besoins particuliers de chaque place de commerce; que la loi du 12 octobre 1789, relative au prêt de l'argent à terme fixe et à Intérêt, s'explique très-positivement sur ces mêmes usages, en ces termes : *sans entendre rien innover,* y est-il dit, *aux usages du commerce;* que si, dans les premières années de la révolution, il est résulté de ces usages une liberté presqu'illimitée dans les conventions qui eurent pour objet l'Intérêt de l'argent placé dans le commerce; cette liberté, ou plutôt cet abus, fut en quelque sorte l'effet inévitable de la législation d'alors, qui déclarait *l'or et l'argent marchandises,* en même temps qu'elle accordait à chaque citoyen la faculté de faire, en matière d'Intérêt, toutes sortes de conventions : *A l'égard du commerce,* disait l'orateur du gouvernement (en exposant les motifs de la loi du 3 septembre 1807), *les usages faisaient la règle; en général, c'était six pour cent, ou demi pour cent par mois : ces règles ne purent résister à la création du papier monnaie; le mal s'accrut par la loi du 11 avril 1793, qui déclara expressément que l'argent était marchandise : la loi du 6 floréal an 2 rapporta celle du 11 avril; mais les conséquences du principe qui avait été proclamé ne s'en faisaient pas moins sentir dans la plupart des affaires qu'on traitait alors; l'élévation des Intérêts n'était plus qu'une spéculation ordinaire; de-là ces excès auxquels on se livra pendant le cours de ces temps désastreux.. nous n'aurions pas besoin d'avertir que la loi nouvelle ne doit point avoir d'effet rétroactif; il aurait suffi de se référer à l'article du Code civil, qui porte que la loi ne rétroagit jamais; mais pour éviter toute inter-*

prétation indiscrète et prévenir toutes alarmes, le projet contient un article qui déclare qu'il n'est rien innové aux stipulations d'Intérêts, par contrats ou autres actes antérieurs;

» Attendu que les dispositions du Code civil, tant celles qui prohibent tout effet rétroactif, que celles qui permettent indéfiniment d'excéder, par la convention, le taux de l'Intérêt légal, *toutes les fois que la loi ne le prohibe pas,* ainsi expliquées par le législateur lui-même, ne peuvent avoir un sens douteux ou équivoque, en ce qui concerne l'Intérêt conventionnel;

» Attendu qu'il en résulte évidemment que la convention des parties à cet égard doit être respectée par les tribunaux toutes les fois qu'aucune loi ne le prohibait dans le temps où elle a été faite :

» D'où il suit que les arrêts attaqués n'ont pu rechercher, sous le rapport du taux des Intérêts, ce qui avait été convenu entre Paulée et les frères Claro par les traites de l'an 4, époque où il n'existait aucune loi qui eût fixé, relativement au commerce, le taux de l'Intérêt, et qu'ils n'ont pu réduire ces Intérêts convenus, sous le prétexte qu'ils excédaient le taux légal, sans violer ouvertement les dispositions du Code civil, et notamment l'art. 1907 précité;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle les arrêts rendus par la cour d'appel séante à Douai, les 29 thermidor an 12, et 12 thermidor an 13, en ce que ces arrêts ont ordonné la réduction des Intérêts convenus entre Paulée et les frères Claro dans les traites dont il s'agit au procès, et réduit par ce moyen la valeur desdites traites, qui s'élevait à une somme de 102, 108 francs, à celle de 17,325 francs, etc. ».

Le 29 février 1812, la cour de cassation a encore annullé, par les mêmes motifs, un arrêt de la cour d'appel d'Agen, rendu entre le sieur Dartigny-Laplante et le sieur Garac.]]

§. VII. *Des différentes causes par lesquelles les Intérêts s'éteignent ou cessent de courir.*

I. Lorsqu'un créancier auquel il est dû un capital qui produit des Intérêts, reçoit ce capital, et en donne quittance pure et simple, sans aucune réserve des Intérêts, il est censé avoir reçu ces Intérêts ou en avoir fait remise, et il ne peut plus être fondé à les demander. Cette règle doit s'appliquer à toutes sortes d'Intérêts, tant légaux que conventionnels et judiciaires. [[*Code civil, art.* 1908.]]

II. Quand le débiteur d'un capital produisant des Intérêts, se trouve créancier de la personne à laquelle il le doit pour une somme qui ne produit point d'Intérêts, et qu'il y a lieu à une compensation entre les parties, les Intérêts que produit le capital, doivent cesser jusqu'à concurrence de la somme avec laquelle il se trouve compensé.

S'il s'agit d'Interêts légaux en pays coutumier, ou de toutes sortes d'Intérêts en pays de droit écrit : comme ils doivent être acquittés avant le capital, celui à qui ils sont dus en doit faire le compte, en y joignant le capital, et compenser le tout jusqu'à concurrence du capital dont il est lui-même débiteur. Si, après cette compensation, il reste quelque chose du capital qui produisait des Intérêts, il continue d'en produire proportionnellement à la somme dont il se trouve formé.

Lorsqu'au contraire il s'agit d'Intérêts judiciaires en pays coutumier, la compensation doit se faire de capital à capital, jusqu'à concurrence du capital le plus faible; et les Intérêts qui n'entrent pas dans la compensation, ne peuvent point produire d'autres Intérêts.

[[Cette règle est changée par le Code civil. *V.* ci-devant, §. 4, n°. 18.]]

III. Quand celui qui est créancier ou débiteur d'un capital produisant des Intérêts, devient héritier de celui qui était son débiteur ou son créancier, la dette se trouve éteinte de droit, tant en capital qu'Intérêts, à cause de la confusion qu'opère en lui sa double qualité, personne ne pouvant être en même temps débiteur et créancier de soi-même : mais si ce créancier ou débiteur n'est pas le seul héritier du défunt, la confusion n'a lieu que pour la part et portion dont il est héritier; et il peut répéter ou il est tenu de payer le surplus de la dette relativement à la part de ses co-héritiers dans la succession.

Il en serait différemment si le créancier ou débiteur héritier du défunt n'acceptait sa succession que par bénéfice d'inventaire : ce moyen empêcherait toute confusion des biens de l'héritier avec la succession du défunt, et autoriserait cet héritier à rendre compte de cette succession aux créanciers du défunt, pour n'être pas tenu de ses dettes au-delà de ce qu'il en aurait reçu en pareil cas; tant que ce compte ne lui est pas demandé, l'action qu'il a contre la succession, ou que la succession a contre lui, demeure suspendue et n'est sujette à aucune prescription. Lorsque ce compte est exigé de lui par les créanciers du défunt, et qu'il est lui-même créancier, il peut porter sa créance

dans son compte avec les Intérêts qui lui en sont dus; ou s'il est débiteur de la succession, il doit porter dans ce même compte sa dette avec les Intérêts qu'il en doit, sauf les compensations convenables à la fin du compte de l'actif et du passif de la même succession, et à payer le reliquat du compte, s'il en est dû.

IV. Il arrive souvent que le débiteur d'une somme qui produit des Intérêts, n'est pas le maître de payer à son créancier ce qu'il lui doit, soit parcequ'il y a des saisies entre ses mains sur ce créancier, soit qu'il ait été convenu que, dans le cas de paiement, il serait fait emploi des deniers, soit enfin parceque le créancier refuse de recevoir, ou n'est pas en état de procurer au débiteur une décharge convenable. Dans tous ces cas, le débiteur qui veut se libérer et faire cesser les Intérêts qui courent contre lui, est obligé de faire des offres réelles de tout ce qu'il doit tant en principal qu'Intérêts et frais, et de consigner le montant de ces offres, le créancier présent ou dûment appelé.

[[Les Intérêts ne cessent donc pas de plein droit, par le seul effet des saisies-arrêts qui empêchent le débiteur de payer. C'est un des points jugés par les arrêts de la cour d'appel de Riom et de la cour de cassation, dont l'espèce est rapportée ci-dessus, §. 4, n°. 10.

Les interprètes des lois romaines sont singulièrement partagés sur la question de savoir si de simples offres réelles suffisent pour faire cesser les Intérêts, ou si elles n'empêchent pas qu'ils ne continuent de courir jusqu'au jour où elles ont été suivies de consignation. Mais sans rechercher lequel de ces deux avis était le mieux fondé avant le Code civil, examinons quel est celui qui doit aujourd'hui prévaloir.

M. Toullier, liv. 3, tit. 3, chap. 5, n°s. 225 et suivans, soutient que c'est le premier, et il se fonde sur ces termes de l'art. 1257 du Code civil : *Les offres réelles suivies de consignation, libèrent le débiteur; elles tiennent à son égard lieu de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites.* Remarquez, dit-il, que ce n'est pas de *la consignation précédée des offres réelles*, que cet article fait dépendre la libération du débiteur, mais qu'il la fait dépendre des *offres réelles suivies de la consignation*. La libération est donc acquise du moment que les offres réelles sont faites valablement. A la vérité, il faut que la consignation les suive pour qu'elles ne perdent pas leur effet libératoire; mais elles n'en produisent pas moins cet effet par elles-mêmes, et c'est du jour où elles ont été faites, lorsqu'elles sont suivies de consignation, que cet effet doit avoir lieu.

Ce jurisconsulte ne se dissimule pourtant pas que l'art. 1259 établit nettement le contraire, en obligeant le débiteur qui consigne à la suite d'offres réelles, d'ajouter au capital *l'Intérêt jusqu'au jour du dépôt;* mais c'est, suivant lui, une antinomie qui a échappé aux rédacteurs du Code civil, et ils l'ont fait cesser par l'art. 817 du Code de procédure, lequel est ainsi conçu : « Le jugement qui déclarera les offres valables, » ordonnera, dans le cas où la consignation » n'aurait pas encore eu lieu, que, faute par » le créancier d'avoir reçu la somme ou » chose offerte, elle sera consignée; il prononcera la cessation des Intérêts du jour » de la réalisation ».

Toutefois, M. Toullier convient que ces mots *du jour de la réalisation*, qu'il entend comme synonymes *du jour des offres réelles*, ont été interprétés dans un autre sens par M. Tarrible, dans son rapport au tribunat sur le 1^er^. livre de la seconde partie du Code de procédure. Et en effet, voici comment s'est exprimé cet orateur :

« Dans le cas où l'on agitera la validité des offres avant que la consignation ait eu lieu, le projet a cru devoir tracer la formule du jugement qui les déclarera valables. Il devra ordonner que, faute par le créancier d'avoir reçu la somme ou la chose offerte, elle sera consignée, et prononcera la cessation des Intérêts du jour de la réalisation.

» Il est aisé de comprendre que la *réalisation* dont parle cet article, est celle du *dépôt*. L'art. 1259 du Code civil, qu'il ne s'agit nullement de réformer, dit textuellement que les Intérêts sont dus *jusqu'au jour du dépôt*. D'un autre côté, les offres quoique déclarées valables, ne pouvant éteindre la dette, ne peuvent non plus arrêter le cours des Intérêts jusqu'au jour de la consignation qui seule consomme la libération ».

M. Toullier s'élève contre cette manière d'entendre les derniers termes de l'art. 816 :

« Elle est (dit-il), contraire à la contexture de cet article; car on ne peut, sans faire violence au texte, rapporter la réalisation dont il parle, qu'à la réalisation des offres. *Le jugement déclarera les offres valables... Il prononcera la cessation des Intérêts du jour de la réalisation.* C'est donc évidemment de la réalisation des offres que parle cette disposition. On le nie parceque le

Code civil dit expressément que les Intérêts doivent être payés jusqu'au jour du dépôt. Mais c'est mettre en principe ce qui est en question. Sans doute le Code civil le dit; et si on n'avait pas voulu dire autre chose, il eût été au moins fort inutile d'en répéter la disposition qui se fût trouvée maintenue par l'art. 818, où il est ajouté : *Le surplus est réglé par les dispositions du Code civil.*

» Le Code de procédure a donc entendu ajouter ou déroger au Code civil. Il y a réellement fait plusieurs additions en développant, dans les art. 812 et suivans, la forme du procès-verbal d'offres et la manière d'intenter la demande, soit en validité, soit en nullité des offres. Il y a dérogé dans l'art. 816, en ordonnant que le jugement qui déclarera *les offres valables*, prononcera la cessation des Intérêts *du jour de la réalisation.* Le Code civil portait qu'ils seront payés jusqu'au jour du dépôt. Si l'on n'avait pas voulu déroger à cette disposition, il était inutile de la répéter en termes plus qu'équivoques, en termes que jamais les lois ni les auteurs n'ont employés dans cette acception. Car on croit pouvoir assurer qu'on ne citera pas un seul exemple du mot *Réalisation*, employé en cette matière comme synonyme de *Dépôt* ou *Consignation.* Il aurait suffi de l'art. 818 qui porte : *Le surplus est réglé par les dispositions du Code civil* ».

Ainsi raisonne M. Toullier; et je conviens avec lui qu'il est impossible d'adopter l'interprétation donnée par M. Tarrible à ces termes de l'art. 816, *du jour de la réalisation.*

Ce n'est pas qu'il soit, comme l'assure M. Toullier, sans exemple que le mot *Réalisation* ait été employé au barreau comme synonyme de *Consignation* ou *Dépôt.* Je trouve la preuve du contraire dans ce passage du recueil d'arrêts du parlement de Dijon, de François Périer, substitut du procureur général de cette cour; tome 2, page 9 : « J'ai » dit, en concluant, que les formalités pres- » crites pour le retrait lignager, étant de » droit étroit, il les faillait observer *ad un- » guem;* que la coutume désirant une *Con- » signation réelle de tout le prix*, le retrayant » devait y satisfaire, afin que l'acquéreur fût » en état d'accepter les offres ainsi *réalisées*, » toutes les fois qu'il lui plairait.... ».

Mais voici ce qui prouve tout à la fois, et que M. Tarrible s'est mépris sur le sens dans lequel l'art. 816 du Code de procédure emploie le mot *Réalisation*, et que M. Toullier tire du texte dans lequel ce mot est employé, une conséquence beaucoup trop générale, et que ce texte ne déroge à l'art. 1259 du Code civil que pour un cas particulier.

Le projet du Code de procédure civile a été rédigé par quatre commissaires qui avaient été élevés au barreau de la capitale, et en avaient conservé les anciennes maximes : c'étaient M. Treilhard, conseiller d'état, ex-président de la cour d'appel de Paris, et ancien avocat du premier rang au parlement de la même ville; M. Seguier, premier président de la même cour; M. Berthereau, président du tribunal de première instance du département de la Seine, et ancien procureur au châtelet; et M. Pigeau, ancien avocat, qu'un ouvrage intitulé *le Praticien du Châtelet*, avait signalé comme l'un des hommes les mieux au fait de la procédure observée en ce tribunal.

Or, l'usage immémorial du châtelet était que le débiteur qui avait fait à son créancier des offres réelles que celui-ci avait refusées, ne pouvait consigner valablement qu'après avoir fait assigner son créancier en justice pour lui voir *réaliser* ses offres, c'est-à-dire, pour les lui voir réitérer à l'audience, les voir en conséquence déclarer valables, et par suite voir ordonner qu'il serait passé outre à la consignation (1).

Le Code civil avait rendu toutes ces formalités inutiles, en disant, art. 1259, qu'*il n'est pas nécessaire, pour la validité de la consignation, qu'elle ait été autorisée par le juge.* Mais les commissaires rédacteurs du projet de Code de procédure tentèrent de les faire revivre; et dans cette vue, ils insérèrent dans leur travail une disposition ainsi conçue : « En cas de refus, le débiteur pourra, » en vertu de permission du juge, assigner » à bref délai, *à fin de réalisation* à l'au- » dience, sans qu'il soit besoin de citer en » conciliation; et si les offres sont incidentes » à une instance déjà pendante, la *réalisa- » tion* sera poursuivie sur un simple acte » d'avoué ».

Cette disposition fut adoptée par le conseil d'état, lequel en fit le 832e. article du projet qui fut communiqué au tribunat.

Mais le tribunat proposa de supprimer cet article et de le remplacer par un autre qui, adopté ensuite par le conseil d'état et décrété par le corps législatif, forme aujourd'hui le 814e. du Code dont il s'agit. Voici comment il a motivé sa proposition :

« L'article du projet est à supprimer; il

(1) *V.* l'article *Consignation.*

» tend à maintenir une *réalisation d'offres* » dont l'usage s'était introduit au châtelet, » et qui n'entraînait que des frais, sans au- » cun but d'utilité. La *réalisation* ne prouve » pas plus que les offres, que les deniers re- » présentés par le débiteur, sont réellement » à lui; la *consignation* seule le prouve; *et* » *d'après l'art. 1257 du Code civil, c'est la* » *consignation seule qui libère le débiteur.* » On a cru devoir substituer à l'article du » projet une autre disposition qui est en har- » monie avec le Code civil ».

Il n'est sans doute pas besoin de faire remarquer que, dans cette observation, comme dans le projet d'article auquel elle se réfère, le mot *Réalisation* n'est pas employé comme synonyme de *Consignation;* il est évident, au contraire, que ces deux mots y sont mis en opposition l'un avec l'autre, et que le premier n'y désigne même pas l'acte d'offres réelles, mais seulement la réitération qui en est faite à l'audience par l'exhibition des espèces précédemment offertes extrajudiciairement.

A la suite immédiate de l'art. 832 du projet de la commission adopté par le conseil d'état, se trouvaient, dans le travail communiqué au tribunat, deux autres articles ainsi conçus:

« 833. La demande en validité des offres » et consignation sera formée dans les formes » prescrites pour les demandes principales : » si elle est incidente, elle le sera par re- » quête.

» 834. Le jugement qui déclarera les offres » valables, ordonnera que la somme offerte » sera consignée, faute par le créancier de » la recevoir; il prononcera la cessation des » Intérêts du jour de la réalisation ».

Il est clair que, dans ces deux articles, les mots *Consignation* et *Réalisation* étaient employés dans la même acception que dans l'art. 832 de la commission; que le premier y désignait bien le dépôt de la somme offerte; mais que le second y désignait, non pas ce dépôt, non pas l'acte d'offres réelles, mais uniquement l'acte par lequel le débiteur était supposé par les commissaires rédacteurs, devoir réitérer en justice les offres que le créancier avait refusées.

Eh bien! qu'a dit, qu'a fait le tribunat sur ces deux articles?

« On a pensé (a-t-il dit sur l'art. 833) que » le projet ne devait pas se borner à parler » de la demande en validité des offres ou de » la consignation, mais qu'il devait égale- » ment comprendre dans sa disposition la » demande en nullité »; et en conséquence, il a proposé de rédiger ainsi cet article, qui est devenu le 815e. du Code : « La demande » qui pourra être intentée, soit en validité, » soit en nullité des offres ou de la consigna- » tion, sera formée d'après les règles établies » pour les demandes principales : si elle est » incidente, elle le sera par requête ».

Quant à l'art. 834, il a proposé de le remplacer par un autre qui est devenu le 816e. du Code, et voici en quels termes il a motivé sa proposition : « L'article, pour ne pas être » en contradiction avec le Code civil, ne » doit être relatif qu'au cas où la consigna- » tion n'a pas été effectuée volontairement. » Tel est le motif du changement de rédac- » tion (1) ».

S'expliquer ainsi, c'était dire bien clairement que la rédaction proposée par la commission et adoptée par le conseil d'état, était en opposition avec le Code civil, en ce qu'au lieu de ne faire cesser les Intérêts que *du jour du dépôt*, elle les faisait cesser *du jour de la réalisation* des offres à l'audience; qu'il était juste de déroger en ce point au Code civil, pour le cas où le débiteur, arrêté par la demande du créancier en nullité de ses offres, n'aurait consigné qu'en vertu du jugement qui serait ensuite intervenu sur cette demande et l'aurait rejetée; mais que la disposition du Code civil devait être maintenue, et que par conséquent les Intérêts devaient continuer *jusqu'au jour du dépôt,* toutes les fois que le débiteur consignerait après ses offres, sans attendre qu'elles eussent été réalisées en justice et déclarées valables par un jugement qui, par suite, ordonnât de passer outre à la consignation.

Le tribunat prenait donc, dans l'art. 816 qu'il proposait de substituer à l'art. 834 de la commission et du conseil d'état, le mot *réalisation* dans le même sens qu'il était employé par celui-ci; il entendait donc par ce mot, non la consignation effective, mais l'acte par lequel le débiteur réitérerait ses offres en justice; il ne proposait donc l'art. 816 que comme une exception au nº. 2 de l'art. 1256 du Code civil, qui devait être limitée au cas où la consignation n'aurait lieu qu'à la suite d'un jugement, lors duquel les offres auraient été réitérées, ou, en d'autres termes, *réalisées* à l'audience.

Et dès-là, il est clair qu'autant M. Tarrible s'est trompé en avançant, dans son rapport, que, dans le cas d'une consignation faite à la suite d'un jugement précédé de la réitération

(1) *Esprit du Code de procédure civile*, par *M. Locré*, art. 815 et 816.

des offres à l'audience, les Intérêts devaient continuer jusqu'au moment où la consignation serait consommée, autant M. Toullier s'est trompé à son tour en soutenant que, même dans le cas où la consignation suivrait les offres réelles sans jugement préalable, les Intérêts devaient cesser du jour de ces offres.

Pour étayer son système, déjà ruiné par la généalogie que nous venons de faire de l'art. 816, M. Toullier est obligé de dire que « faire des *offres réelles* et *réaliser des offres*, » sont des expressions parfaitement synonymes », et c'est une grande erreur, au moins d'après l'acception dans laquelle ces expressions ont été employées par les commissaires rédacteurs du projet de Code de procédure : cette acception saute aux yeux dans les art. 832, 833 et 834 de ce projet qui ont servi de type aux art. 814, 815 et 816 du Code : elle est d'ailleurs attestée par l'un de ses commissaires, Pigeau, dans son *traité de la procédure civile*, tome 2, page 473 : « par » le mot *réalisation* dont se sert (dit-il) l'art. » 816 du Code de procédure, il faut entendre le jugement par lequel on donne acte » au débiteur de l'exhibition qu'il a faite » en justice des offres que précédemment il » avait faites au créancier; c'est le sens que » les commissaires du Code de procédure ont » donné à ce mot, et c'est aussi celui qu'il » reçoit dans la pratique ».

Vainement, après cela, objecterait-on encore avec M. Toullier, qu'aux termes de l'art. 1257 du Code civil, la libération du débiteur est opérée par le seul fait des *offres réelles suivies de consignation;* et que, dès-là, elles doivent faire cesser les Intérêts, lorsque la consignation a lieu dans un temps voisin de celui où elles ont été faites.

Cette manière de raisonner serait bonne, si l'art. 1257 était isolé et ne devait pas se combiner avec l'art. 1259. Mais rapprochés l'un de l'autre, ces deux articles signifient manifestement que la consignation n'est pas la *condition résolutoire* de la libération du débiteur par l'effet des offres réelles; qu'elle en est la *condition suspensive*, et que par conséquent il n'y a point de libération, tant que la consignation n'a pas constaté, comme le disait le tribunat dans son observation sur l'art. 832 du projet de Code de procédure, *que les deniers présentés par le débiteur, sont réellement à lui.* En faut-il d'ailleurs d'autre preuve que l'art. 814 de ce Code? « Si le » créancier refuse les offres (porte-t-il), le » débiteur peut, *pour se libérer*, consigner » la somme ou la chose offerte ». Si, *pour se libérer*, il est obligé d'en venir à la consignation, il n'y a donc que la consignation qui le libère; et quelle raison y aurait-il, dès-lors, de faire cesser les Intérêts avant la consignation?

Qu'ils cessent avant la consignation lorsque le créancier l'a retardée, soit par une demande mal fondée en nullité des offres, soit par une opposition mal fondée à la demande tendante à ce qu'elles fussent déclarées valables, cela est tout simple; et encore, dans ce cas, l'art. 816 du Code de procédure ne les fait-il cesser que du jour où les offres ont été réitérées en justice.

Mais que, même dans ce cas, et à plus forte raison hors ce cas, ils cessent à l'instant même où les offres réelles sont faites régulièrement et refusées, c'est ce qui ne peut s'accorder, ni avec l'art. 816 du Code de procédure, ni, et encore moins, avec l'art. 1259 du Code civil.]]

V. En matière d'adjudication d'immeubles vendus par décret, il n'y a que la consignation du prix de l'adjudication qui puisse faire cesser les Intérêts de courir contre l'adjudicataire.

[[Mais *V.* l'article *Consignation*, n°. 5.]]

VI. Lorsqu'un débiteur de plusieurs sommes, dont quelques unes seulement produisent des Intérêts, compte avec son créancier en conséquence de divers paiemens qu'il lui a faits, et que ce créancier se contente d'une nouvelle obligation de ce qui reste à payer, sans aucune réserve des anciennes dettes et des Intérêts qu'elles produisaient, il en résulte une novation dont l'effet est d'éteindre les anciennes dettes par le moyen de la nouvelle que le débiteur a contractée : ainsi, il ne doit plus qu'un capital qui ne peut produire d'Intérêts qu'en vertu d'une demande judiciaire suivie de condamnation.

Par arrêt du 15 juillet 1706, rapporté au Journal des Audiences, le parlement de Paris a jugé que toutes sortes d'Intérêts s'éteignaient par la novation, même ceux qui étaient dus de plein droit, ou par la disposition de la loi. *V.* l'article *Novation.*

VII. Dans les tribunaux où l'ordre et la distribution du prix des biens saisis réellement se fait avant l'adjudication, les Intérêts des sommes pour lesquelles les créanciers sont utilement colloqués, cessent du jour de cette adjudication, parceque ces créanciers sont alors réputés propriétaires de la partie du prix pour laquelle ils ont été utilement colloqués; mais dans les tribunaux, où l'on ne procède à l'ordre qu'après l'adjudication, les

Intérêts ne cessent de courir au profit des créanciers utilement colloqués, que du jour du jugement qui a arrêté l'ordre et la distribution du prix entre les créanciers opposans.

[[Aujourd'hui, l'ordre se fait dans toute la France après l'adjudication. *V.* au surplus l'art. 672 et l'art. 767 du Code de procédure civile.]]

VIII. Les Intérêts judiciaires peuvent s'éteindre par la péremption d'instance (1); mais il n'en est pas de même des Intérêts qui sont dus de plein droit, ou en vertu d'une convention permise. Cette différence est fondée sur ce que les Intérêts de droit ou conventionnels doivent durer autant que le principal dont ils sont l'accessoire : les Intérêts judiciaires, au contraire, ne pouvant être dus qu'en vertu d'une demande formée en justice et suivie de condamnation, il est évident qu'aussitôt que cette demande se trouve périmée, il n'y a plus rien qui puisse donner l'existence aux Intérêts judiciaires.

Au surplus, l'extinction des Intérêts par la péremption d'instance, n'éteint pas le capital; et tant qu'il n'est pas prescrit, le créancier a le droit de le répéter à son débiteur par une nouvelle action, et d'en demander de nouveau les Intérêts, à compter du jour du nouvel exploit d'assignation.

IX. La prescription est aussi un moyen par lequel s'éteignent, non-seulement les Intérêts judiciaires, mais encore les Intérêts légaux et conventionnels. *V.* l'article *Prescription*, sect. 2, §. 8, nº. 12.

X. Suivant la loi 27, §. 1, *C. de usuris*, les Intérêts ne peuvent jamais excéder le montant du capital qui les a produits; mais aux termes de la novelle 160, cette loi ne s'applique pas au cas où il s'agit des Intérêts de fonds aliénés par constitution de rente. [[*V.* l'article *Rente constituée*, §. 1, nº. 3.]]

C'est en conséquence des dispositions de la première de ces lois, que, dans les pays régis par le droit écrit, on ne souffre pas que les Intérêts conventionnels ou judiciaires excèdent le montant du capital; mais les Intérêts qui sont dus de plein droit, peuvent excéder ce montant. La raison qui a fait ainsi borner les Intérêts conventionnels et judiciaires au montant du capital, est qu'ils sont une peine du retard du paiement, et qu'on a voulu empêcher que le créancier ne pût, par trop de facilité ou de négligence, ruiner son débiteur.

Observez que cette jurisprudence reçoit une exception au parlement de Bordeaux, relativement aux Intérêts judiciaires : on y juge qu'ils ne peuvent s'éteindre qu'avec le principal par la prescription; d'où il suit qu'ils peuvent excéder ce même principal.

Observez aussi que, quand nous disons que, dans les pays de droit écrit, les Intérêts conventionnels ou judiciaires ne peuvent pas excéder le montant du capital, cela ne s'applique qu'aux Intérêts qui restent dus, et non à ceux qui ont été payés; c'est pourquoi un débiteur qui a payé pendant vingt ans les Intérêts d'un capital, ne peut pas prétendre que ce capital ne doit plus produire d'Intérêts.

Quand les Intérêts conventionnels ou judiciaires n'excèdent le montant du capital qu'à cause que le débiteur a multiplié les procédures pour se soustraire au paiement de ce qu'il devait, et qu'on ne peut imputer au créancier aucune négligence, on lui adjuge tous les Intérêts échus, à quelque somme qu'ils puissent monter; la raison en est qu'il ne serait pas juste que le débiteur profitât de ses chicanes au préjudice de son créancier.

On tient néanmoins pour maximes au parlement de Bordeaux, que les Intérêts des sommes dues par contrat, pour cause de prêt, ne peuvent excéder le capital, quand même il y aurait eu des commandemens faits régulièrement de trois ans en trois ans, et une saisie réelle, pourvu qu'elle n'eût pas été poursuivie.

Mais il en serait différemment, comme l'observe La Peyrère, si la saisie réelle et le décret des biens du débiteur avaient été poursuivis, et que la vente n'en eût été retardée que par les obstacles que le débiteur y aurait apportés.

Cette jurisprudence est fondée sur ce qu'on a voulu éviter que le créancier, de concert avec le débiteur, ne pût laisser accumuler

---

(1) [[« La demande en justice, abandonnée plus de trois ans, fait-elle courir les Intérêts?

« Jugé que non, par arrêt du parlement de Pau, du 18 juillet 1726, parties Dupuy et Catelan, de la même ville. La cour n'adjugea les Intérêts que depuis la seconde instance : la première demande était restée sans poursuite pendant plus de trois ans.

» Autre arrêt de la même cour, le 6 juin 1751, entre le sieur Belnich et la dame de Julien, épouse du sieur Porte, médecin, qui jugea comme celui du 18 juillet 1726 ». (*Recueil manuscrit des anciens avocats au parlement de Pau.*)

Il est à remarquer que, suivant la jurisprudence de cette cour, la péremption s'encourait de plein droit. *V.* l'article *Péremption*, sect. 1, §. 1.]]

les Intérêts, en renouvelant tous les trois ans le commandement qui les produit, et en faisant procéder à une saisie réelle qui ne serait pas poursuivie, et qui n'aurait pour objet que de prévenir celle que pourrait faire un créancier moins indulgent.

Au parlement de Provence, les Intérêts des sommes dues de marchand à marchand, pour raison de leur commerce respectif, peuvent excéder le montant du capital, comme le justifie un arrêt que cette cour a rendu le 4 avril 1647, et qui est rapporté par Boniface. C'est une exception à la règle générale.

Nous avons dit précédemment que les Intérêts de droit ou légaux peuvent excéder le montant du capital dans les parlemens de droit écrit; cependant, quoique les Intérêts du reliquat d'un compte de tutelle soient des Intérêts de droit, et qu'ils soient dus sans convention, commandement ni demande judiciaire, ils sont exceptés de la règle générale, et ne peuvent excéder le montant du capital qui les a produits. C'est ce qui résulte de divers arrêts des parlemens de Dauphiné et de Provence, des 2 août 1617, 5 mars 1664 et 20 mars 1671. La raison de cette jurisprudence est que de tels Intérêts ne sont que la peine du retard de payer par le tuteur ce qui est dû au mineur.

Quoique les provinces du Lyonnais, du Forez, du Beaujolais, et une partie de l'Auvergne, soient régis par le droit écrit, on n'y suit pas les lois suivant lesquelles les Intérêts conventionnels ou judiciaires ne peuvent excéder le montant du capital. Le parlement de Paris a toujours jugé que, dans ces provinces, pour quelque cause et à quelque titre que des Intérêts soient dus, ils ne peuvent être éteints que par l'extinction du capital; et que non-seulement ils peuvent doubler ce capital, mais encore le tripler, le quadrupler, etc.

Tel est aussi le droit commun qui s'observe dans les pays coutumiers. (M. Guyot.)*

[[C'est ce que reconnaît un arrêt de la cour de cassation, du 6 messidor an 13, rendu sur la requête de la dame Pujoulx : « attendu » (porte-t-il) que la loi 27, §. 1, C. *de usuris*, » n'a pas été reçue en France; que, suivant le » droit français, les Intérêts des capitaux ont » dû courir pendant tout le temps de l'ins- » tance; qu'ainsi, les tribunaux ont dû les » adjuger ».

Et telle doit être aujourd'hui la règle de toute la France; car, d'après l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, les dispositions du droit romain sur cette matière, ne font plus loi dans les pays que l'on appelait ci-devant de droit écrit.

V. les articles *Arrérages, Fruits, Imputation, Imputation par échelette, Compensation, Subrogation de personne, Prêt, Maison de Prêt, Mont-de-Piété, Rente constituée, Usure*, etc.]]

INTÉRÊTS CIVILS. *V.* les articles *Dommages-Intérêts* et *Réparation civile*.

* INTERLIGNE. C'est l'espace qui est entre deux lignes.

Les officiers de justice, tels que les notaires, les greffiers, ne doivent rien ajouter par Interligne, soit dans les minutes, soit dans les expéditions des actes.

L'art. 12 du tit. 6 de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670 défend, sous peine de nullité et des dommages et intérêts des parties contre le juge, de faire aucune addition par Interligne dans la déposition d'un témoin.

Cette disposition de l'ordonnance est remarquable, parcequ'en tout autre acte, on se contente de n'avoir aucun égard à ce qui est écrit par Interligne; mais il n'en résulte pas la nullité de l'acte. (M. Guyot.)*

[[Aujourd'hui les dispositions écrites des témoins ne servent plus, en matière criminelle, que de simples renseignemens; et par cette raison, les Interlignes qui s'y trouvent, ne peuvent pas être des motifs suffisans pour les faire rejeter du procès. *V.* l'article *Déposition*, §. 1, n°. 2.

Du reste, l'art. 16 de la loi du 25 ventôse an 11, sur le notariat, déclare, conformément à l'ancienne jurisprudence, que, dans les actes notariés, *les mots Interlignes sont nuls*.]]

* INTERLOCUTOIRE. C'est un jugement qui n'est pas définitif, c'est-à-dire, qui ne décide pas le fond de la contestation, mais seulement ordonne quelque chose pour l'instruction ou l'éclaircissement de cette contestation. On dit quelquefois *un jugement Interlocutoire*, et quelquefois pour abréger, *un Interlocutoire* simplement.

I. Tout Interlocutoire est un préparatoire et un préalable à remplir avant le jugement définitif : mais il diffère du simple préparatoire, en ce que celui-ci ne concerne ordinairement que l'instruction, au lieu que l'autre touche aussi le fond. Un jugement qui ordonne qu'on fournira des défenses, ou qu'on donnera copie ou communication d'une pièce, est un simple préparatoire qui ne préjuge rien sur le fond; au lieu que l'Interlocutoire, ou préjuge le fond, ou du moins est

rendu après avoir examiné le fond, comme quand on ordonne, avant de faire droit, une enquête ou une descente, un plan, une visite.

[[Cette distinction est adoptée par le Code de procédure civile :

« Sont réputés préparatoires (porte-t-il, art. 452), les jugemens rendus pour l'instruction de la cause, et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif.

» Sont réputés Interlocutoires, les jugemens rendus lorsque le tribunal ordonne, avant dire droit, une preuve, une vérification, ou une instruction qui préjuge le fond ».]]

II. L'exécution du jugement Interlocutoire ne doit pas être éludée par l'appel qui en est interjeté, lorsque le préjudice qui peut résulter d'un tel jugement, est réparable en définitif. Imbert, dans sa *pratique civile*, pense qu'en pareil cas, on doit passer outre nonobstant l'appel; et c'est d'ailleurs ce qui résulte de l'art. 53 de l'ordonnance de Charles VIII, du mois de juillet 1493.

Suivant l'ordonnance de Fontainebleau, du mois de décembre 1540, il faut des défenses précises pour surseoir l'exécution d'un jugement Interlocutoire; et des défenses générales, telles que celles qui se faisaient autrefois par le relief d'appel, tant aux juges qu'aux parties de *rien innover ni attenter au préjudice de l'appel*, seraient insuffisantes. (M. GUYOT.) *

[[III. La loi du 3 brumaire an 2 portait, art. 6 : « on ne pourra appeler d'aucun jugement préparatoire pendant le cours de » l'Instruction; et les parties seront obligées » d'attendre le jugement définitif, sans qu'on » puisse cependant leur opposer ni leur silence ni même les actes faits en exécution » des jugemens de cette nature ».

Cette disposition comprenait-elle les jugemens Interlocutoires proprement dits?

L'affirmative n'est pas douteuse, d'après les art. 4 et 5 de la même loi, qui qualifiaient de *jugement préparatoire* celui par lequel est ordonnée, soit une visite d'experts, soit une preuve par témoins. Et c'est ainsi que le jugeait constamment la cour de cassation. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Interlocutoire*, §. 2.

Mais l'art. 451 du Code de procédure civile, tout en maintenant, pour les jugemens préparatoires proprement dits, la disposition de l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2, porte que, « l'appel d'un jugement Interlocutoire pourra être interjeté avant le jugement définitif ».

L'art. 457 du même Code ajoute que « l'appel » des jugemens définitifs ou *Interlocutoires*, » sera suspensif, si le jugement ne prononce » pas l'exécution provisoire dans le cas où » elle est autorisée ».

Le premier de ces articles donne lieu à trois questions qu'il faut examiner successivement.

1°. Peut-on appeler avant le jugement définitif, d'un jugement qui, sur la demande de l'une des parties non contredites par l'autre, ordonne d'office une preuve, une vérification, une expertise, etc., de laquelle dépend, dans l'opinion du juge, le fond de la cause?

C'est demander, en d'autres termes, si ce jugement est interlocutoire ou seulement préparatoire; car s'il n'est que préparatoire, l'appel n'en est pas recevable avant le jugement définitif; mais s'il est Interlocutoire, nul doute que l'on ne puisse en appeler tout de suite.

Or, Pigeau, dans son *Traité de la procédure civile*, tome 1^er., page 482, prétend que ce n'est pas comme Interlocutoire, mais comme purement préparatoire, que l'on doit le considérer. « Le même jugement (dit-il) » peut être simplement préparatoire dans » une affaire, et Interlocutoire dans une autre. La qualité du jugement dépend de l'opposition que la partie apporte ou n'apporte » pas contre la voie d'instruction proposée. » Si elle n'élève aucune difficulté, c'est un » signe certain qu'elle consent à l'admission » de la marche tracée par le juge pour parvenir à la découverte de la vérité; et si alors » le fond est préjugé, on peut dire que c'est » elle qui le préjuge. Ainsi, une partie offre » la preuve testimoniale, l'autre y consent; » le jugement l'admet; il n'est pas Interlocutoire, puisque ce sont les parties qui ont » préjugé, en faisant dépendre le fond de la » preuve testimoniale et non les juges. Mais » si elle s'oppose et qu'on ordonne la preuve, » le juge préjuge le fond; le jugement est » Interlocutoire ».

Mais cette doctrine s'accorde-t-elle bien avec le texte de l'art. 452 du Code de procédure civile?

Il n'y a de PRÉPARATOIRES, suivant cet article, que *les jugemens rendus pour l'instruction de la cause et qui tendent à mettre le procès en état de recevoir jugement définitif*, c'est-à-dire, qui n'ont pour objet que de régler la procédure ou de préparer l'instruction de la cause. Or, tel n'est évidemment pas le ca-

ractère d'un jugement qui ordonne une preuve, une vérification, une expertise, dont le résultat doit, dans la pensée du juge, emporter la décision du fond du procès. Ce jugement, suivant l'expression du même article, *préjuge le fond*, et par conséquent doit être rangé dans la catégorie des jugemens Interlocutoires.

Qu'importe que l'adversaire de la partie qui a demandé la preuve, la vérification ou l'expertise ordonnées par le juge, n'ait élevé *aucune difficulté* contre cette demande? D'une part, si c'était là, comme le prétend Pigeau, un *signe certain qu'elle a consenti à l'admission de la marche tracée par le juge pour parvenir à la découverte de la vérité*, devrait-on en conclure que le jugement est préparatoire? Non, il en résulterait seulement que c'est un jugement Interlocutoire rendu d'accord entre les parties; et alors ce ne serait pas à raison de la nature de ce jugement que l'appel en serait non-recevable; il ne le serait qu'à raison de l'acquiescement qu'y aurait donné d'avance la partie qui l'attaquerait ensuite. D'un autre côté, de ce que je ne m'oppose pas à l'admission d'un préliminaire préjugeant le fond qui est demandé par mon adversaire, il ne s'ensuit pas que je renonce au droit que j'ai de le faire rejeter; car si j'y renonçais, je ne serais plus recevable à le faire valoir en cause d'appel, même après le jugement définitif; et cependant il est bien constant que je puis, en cause d'appel, lorsque les choses sont encore entières, proposer toutes les exceptions que la loi me fournit pour établir que le préliminaire ordonné par le premier juge, et non contredit par moi, était inadmissible ou inutile. C'est ainsi que, lorsqu'assigné en paiement d'une créance dont il existe un commencement de preuve par écrit, j'ai été condamné d'après une preuve testimoniale admise par le juge sans opposition de ma part, je suis encore, aux termes de l'art. 2224 du Code civil, recevable en cause d'appel, à exciper de la prescription.

Enfin, la disposition de l'art. 452 est générale: elle ne distingue pas entre le jugement qui ordonne, malgré l'opposition de l'une des parties, une preuve, une vérification, ou une instruction de laquelle il fait dépendre le fond du procès, et le jugement qui l'ordonne sur la simple demande de l'une des parties non contredite par l'autre; elle les répute donc tous deux Interlocutoires, et par conséquent elle les déclare tous deux passibles d'appel avant le jugement définitif.

2°. Le jugement qui, avant faire droit, ordonne une preuve, une vérification ou une expertise, etc., de laquelle il fait dépendre le fond de la cause, cesse-t-il d'être Interlocutoire et immédiatement sujet à l'appel, par cela seul que cette preuve, cette vérification, cette expertise n'a été demandée par aucune des parties et que c'est d'office que le juge l'a ordonnée?

Voici un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui adopte l'affirmative.

Contrat de rente perpétuelle par l'une des clauses duquel le débiteur promet de fournir au créancier, à sa première réquisition, une hypothèque suffisante pour rembourser le capital.

Le sieur Depaëpe, créancier, poursuit le débiteur pour obtenir l'hypothèque ou le remboursement.

Les héritiers du débiteur lui offrent pour hypothèque une maison avec ses dépendances.

Il soutient que cet immeuble ne lui fournit pas un gage suffisant.

Jugement qui, avant faire droit, ordonne d'office que la maison sera évaluée par experts.

Le sieur Depaëpe appelle de ce jugement, et l'attaque comme contraire à l'art. 2165 du Code civil qu'il invoque comme rejetant l'expertise et l'estimation des immeubles, lorsqu'il s'agit d'en déterminer la valeur en matière d'hypothèque (1).

En combattant subsidiairement ce moyen, les intimés s'attachent principalement à soutenir que l'appel est non-recevable, et ils citent, comme le prouvant *à fortiori*, le passage ci-dessus transcrit de Pigeau.

Par arrêt du 9 mars 1811,

« Attendu qu'il ne résulte, ni du jugement dont appel, ni des pièces du procès, que, dans l'espèce, le sieur Depaëpe ait soutenu que la preuve de la valeur de l'immeuble offert en hypothèque, dût se faire autrement que par la voie de l'expertise;

» Qu'en ordonnant une expertise, le premier juge n'a ni écarté les moyens et exceptions que Depaëpe forme en cause d'appel, puisqu'il ne les avait pas proposés en première instance, ni par conséquent préjugé le fond contre l'appelant;

» D'où il suit que le jugement est, dans ce cas, réputé préparatoire et non-appelable avant le jugement définitif;

» La cour déclare l'appel non-recevable (2)».

---

(1) *V.* l'article *Radiation des hypothèques*, n°. 18.

(2) Décisions notables de la cour d'appel de Bruxelles, tome 22, page 302.

On sent avec quelle justesse s'élèvent contre cet arrêt, les raisons par lesquelles nous venons de combattre la doctrine professée par Pigeau sur cette matière; mais ce n'est pas tout. On trouvera ci-après, n°. 3, un arrêt de la cour de cassation, du 23 novembre 1817, qui décide formellement que l'on doit considérer, non comme purement préparatoire, mais comme véritablement Interlocutoire et préjugeant le fond, un jugement qui, d'office, ordonne entre les parties un compte et une liquidation du résultat desquels il fait dépendre le sort du procès.

3°. De ce que l'art. 451 du Code de procédure porte que « l'appel d'un jugement Interlocutoire *pourra* être interjeté avant le jugement définitif », s'ensuit-il que l'on puisse encore, en appelant d'un jugement définitif, appeler en même temps du jugement Interlocutoire qui l'a précédé et dont le résultat forme la base de sa décision, lorsque, dans l'intervalle, on a acquiescé à celui-ci, soit en l'exécutant volontairement, soit en laissant écouler, sans l'attaquer, les trois mois qui en ont suivi la signification à personne ou domicile?

Un arrêt de la cour d'appel de Trèves, du 1er. août 1810, juge qu'on le peut,

« Attendu qu'il est à remarquer que la seconde disposition de l'art. 451 du Code de procédure, en ce qui a rapport aux jugemens Interlocutoires, n'apporte à la première disposition du même article qui veut que le délai de l'appel, en ce qui concerne les jugemens préparatoires, ne coure que du jour de la signification du jugement définitif, d'autre modification qu'une faculté d'interjeter appel avant ce dernier jugement;

» D'où il s'infère que, lorsqu'on n'a point fait usage de cette faculté, le délai pour interjeter appel ne commence que du jour de la signification du jugement définitif, tant contre ce jugement, que contre tout ce qui a précédé, soit que les jugemens Interlocutoires aient été exécutés ou ne l'aient pas été, qu'il n'y a donc pas lieu à s'arrêter à la fin de non-recevoir (1) ».

M. Le procureur général Mourre a professé la même doctrine à l'audience de la cour de cassation, section des requêtes, le 27 janvier 1818.

« Que signifie, dans l'art. 451 (a-t-il dit), le mot *pourra*?

» Nous répondons avec trois arrêts,

(1) Journal du palais, tome 32, page 36.

» Le premier, rendu par la cour royale de Paris, en audience solennelle, le 16 mai 1809; il porte : *attendu que l'appel des jugemens Interlocutoires avant le jugement du fond, est purement facultatif, et peut être interjeté en même temps que l'appel du jugement définitif.*

» Le second, rendu par la cour de Colmar (1), où nous lisons : *attendu que l'art. 451 du Code de procédure porte qu'il pourra être appelé de l'Interlocutoire avant le jugement définitif; que cet appel est donc facultatif, s'il n'a pas été émis avant le jugement définitif; il peut l'être en même temps que ce jugement; dès lors il devient indifférent, dans l'espèce, que les sieurs Schwartz aient concouru ou non à l'exécution de l'Interlocutoire du 4 décembre.*

» Enfin, le troisième, émané de la cour même de cassation (section civile), et rendu tout récemment (le 21 juillet 1817) sur le rapport de M. Portalis : il s'agissait, entre les parties, de savoir si un jugement qui avait ordonné un compte, malgré que le défendeur soutînt n'en devoir aucun, était un jugement Interlocutoire ou définitif. La cour de cassation décide que le jugement est définitif, *bien différent*, dit-elle, *de ceux dont l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2 défendait aux parties d'interjeter appel avant le jugement définitif, ou dont, aux termes de l'art 451 du Code de procédure civile, il leur est loisible de n'interjeter appel qu'après ce jugement.*

» Nous n'avons cité l'arrêt que pour en faire remarquer les dernières expressions. La cour de cassation est parfaitement d'accord avec les cours royales sur le sens de cette expression *pourra*, qui n'indique qu'une simple faculté, telle que, pour les jugemens vraiment Interlocutoires, l'exécution ne peut engendrer une fin de non-recevoir.

» En vain voudrait-on argumenter des expressions de l'article suivant, c'est-à-dire, de l'art. 452 qui porte que *les jugemens Interlocutoires sont ceux qui préjugent le fond.* Le mot *préjuger* ne doit pas être pris dans un sens trop étendu. L'on ne doit pas croire que l'Interlocutoire lie le tribunal; et c'est préci-

(1) M. Mourre n'indique pas la date de cet arrêt; mais il paraît que c'est celui du 6 avril 1811, que l'auteur du *Manuel de droit français* cite, sur l'art. 451 du Code de procédure civile, comme jugeant « que, lorsqu'on se pourvoit en appel contre » le jugement définitif, on peut prendre la même » voie contre le jugement interlocutoire, quoiqu'on » y ait acquiescé ».

sément parceque l'Interlocutoire ne lie pas le tribunal, que l'appel est purement facultatif. En un mot, il faut entendre le mot *préjuger* comme l'entendait le tribun Albisson qui, dans la séance du corps législatif du 17 avril 1806, s'exprimait ainsi au nom du tribunat : *la loi*, disait-il, *défend l'appel des jugemens préparatoires; elle autorise celui des jugemens Interlocutoires qui, sans autre objet apparent que d'éclairer la religion des juges, pourraient, par leur résultat, finir par l'égarer, dans la fausse persuasion qu'ils se seraient liés eux-mêmes, en les prononçant* ».

Mais, d'un autre côté, voici ce qu'on lit dans le *Traité de la procédure civile* de Pigeau, liv. 2, part. 4, tit. 1 : « Lorsque le jugement » est Interlocutoire, c'est-à-dire, lorsqu'il » ordonne une preuve, une vérification ou » une instruction *qui préjuge le fond*, l'art. » 451 dit que l'appel peut être interjeté avant » le jugement définitif. Ainsi, un jugement » a ordonné une enquête dans un cas pro- » hibé : la partie lésée pourra appeler avant » le jugement définitif, *et par conséquent le* » *délai de l'appel courra contre elle du jour* » *de la signification du jugement Interlocu-* » *toire, quand elle serait faite avant le juge-* » *ment définitif, puisque, dès que l'action* » *est ouverte, la prescription commence à* » *courir* ».

Et il paraît évident que c'est cette opinion qui doit prévaloir.

Que répondre en effet à la raison qu'en donne Pigeau? Il est impossible de concevoir l'idée d'un droit d'appel actuellement ouvert, quel que soit le jugement qui en est l'objet, sans y rattacher celle de la nécessité de se soumettre, pour appeler régulièrement, à toutes les conditions desquelles la loi fait dépendre l'efficacité d'un appel quelconque. Or, ces conditions sont, entr'autres, de n'avoir pas préalablement acquiescé au jugement que l'on attaque, et d'appeler dans les trois mois de la signification de ce jugement; ce sont même les plus essentielles; et il faudrait, pour les faire cesser à l'égard de l'appel des jugemens Interlocutoires, que la loi l'en dispensât par une exception spéciale, ce qu'elle ne fait assurément pas.

Vainement, pour trouver cette exception dans l'art. 451 du Code de procédure, l'arrêt cité de la cour d'appel de Trèves suppose-t-il que la seconde disposition de cet article par laquelle il est permis d'appeler des jugemens Interlocutoires, n'est qu'une *modification de la première disposition du même article qui veut que les délais de l'appel, en ce qui concerne les jugemens préparatoires, ne courent que du jour de la signification du jugement définitif.* Cette supposition serait exacte, et la conséquence qu'en tire l'arrêt, le serait également, si la première disposition de l'art. 451 était commune aux jugemens préparatoires et aux jugemens Interlocutoires; mais c'est ce qui n'est pas : il ne s'agit dans cette première disposition que des jugemens préparatoires; et ce n'est que dans la seconde que la loi s'occupe des jugemens Interlocutoires : on ne peut donc pas regarder celle-ci comme une modification de celle-là.

Plus inutilement est-il dit dans les arrêts des cours d'appel de Paris et de Colmar, que, d'après le mot *pourra* employé dans l'art. 451, on doit regarder *l'appel des jugemens Interlocutoires avant le jugement du fond, comme purement facultatif.*

Il est facultatif sans doute, mais il l'est de la même manière que l'appel des jugemens du fond, c'est-à-dire, que la faculté n'en peut être exercée qu'avant tout acquiescement et avant le laps des trois mois qui suivent la signification à personne ou domicile.

Eh! comment ne pas se convaincre de cette vérité à la seule lecture de l'art. 451? *L'appel d'un jugement Interlocutoire* (y est-il dit) *pourra être interjeté avant le jugement définitif.* IL EN SERA DE MÊME *des jugemens qui auraient accordé une provision.* Assurément c'est comme si, après avoir déclaré que l'appel des jugemens Interlocutoires pourra être interjeté avant le jugement définitif, la loi ajoutait : *à l'égard des jugemens qui auraient accordé une provision, il pourra également en être appelé avant le jugement définitif.* Or, de ce que, dans cette dernière phrase, le mot *pourra* n'indiquerait qu'une faculté, s'ensuit-il que l'appel d'un jugement qui accorde une provision, soit recevable conjointement avec l'appel du jugement du fond, lorsqu'antérieurement au jugement du fond, il y a eu acquiescement, ou signification à personne ou domicile depuis plus de trois mois? Personne n'oserait soutenir un pareil paradoxe. Comment donc une conséquence qui serait absurde par rapport au jugement qui accorde une provision, pourrait-elle être exacte par rapport aux jugemens Interlocutoires?

Du reste, que signifient les termes de l'arrêt de la cour de cassation, du 21 juillet 1817, desquels M. Mourre prétend induire que cet arrêt approuve la manière dont les cours d'appel de Paris et de Colmar ont raisonné sur le mot *pourra*? D'abord, ces termes n'ont été insérés dans l'arrêt dont il s'agit, que

transitoirement; et c'est assez dire qu'ils ont pu n'être pas pesés avec la même maturité que s'ils se fussent rattachés à une disposition principale. Ensuite, à quels jugemens se rapportent-ils? Si c'est aux jugemens préparatoires, il n'est pas exact de dire qu'il soit *loisible* aux parties de n'en interjeter appel qu'après le jugement définitif; c'était le mot *défendu* qu'il fallait employer. Si c'est aux jugemens Interlocutoires, l'arrêt fait dire à l'art. 451 ce qu'il ne dit pas; car bien certainement ce ne serait pas *aux termes* de cet article qu'il serait *loisible* de n'interjeter appel des jugemens Interlocutoires qu'après le jugement définitif; ce ne pourrait être que d'après une interprétation donnée à ces termes, et encore quelle interprétation! L'on vient de voir à quel point elle est forcée, pour ne pas dire choquante, puisqu'il en résulterait que l'on peut, *dans tous les cas*, n'appeler qu'après le jugement définitif, du jugement qui accorde une provision.

Je suis d'accord avec M. Mourre que l'*Interlocutoire ne lie pas le tribunal* (1); mais de là je ne saurais inférer, comme lui, que l'*appel est facultatif*, en prenant ce dernier mot dans le sens qu'il y attache. Sans doute, le juge peut, lorsque vient le moment de prononcer sur le fond, laisser de côté le résultat de la preuve qu'il a précédemment ordonnée par le jugement *Interlocutoire*, et revenir, soit aux points de droit, soit aux circonstances de la cause, qui ne l'avaient pas frappé au premier abord; et il est clair que, s'il prend cette détermination, il importera fort peu que son jugement Interlocutoire soit ou ne soit pas devenu irrévocable par acquiescement ou laps de temps. Mais comment la partie intéressée à ce qu'il prenne cette détermination, pourra-t-elle le mettre dans la nécessité de la prendre en effet? Et comment, s'il ne la prend pas, pourra-t-elle faire juger par le tribunal supérieur que c'est à tort qu'il s'y est refusé? Bien évidemment elle ne pourra obtenir la première de ces fins, qu'en appelant du jugement Interlocutoire, et en le faisant réformer avant le jugement définitif; et ce ne sera également que par un appel interjeté du jugement Interlocutoire en même temps que du jugement définitif, qu'elle pourra obtenir la seconde. Or, dans l'un et l'autre cas, point d'appel du jugement Interlocutoire, si préalablement il y a eu acquiescement de sa part, ou s'il a laissé écouler le terme fatal. Il n'y a donc rien d'incompatible entre le principe que l'Interlocutoire ne lie pas le juge, et l'opinion de Pigeau. *V.* le n°. suivant l'article *Preuve*, sect. 2, §. 3, art. 1, n°. 32, et mon *Recueil de Questions de droit* au mot *Interlocutoire*, §. 2.

III. Peut-on, en matière civile, attaquer par la voie de cassation, un jugement Interlocutoire en dernier ressort, tant qu'il n'a pas été suivi d'un jugement définitif?

On sent bien que cette question n'a pas pour objet les jugemens qui, tout en paraissant ne prononcer qu'interlocutoirement, sont véritablement définitifs. J'ai donné, dans les conclusions du 18 janvier 1813, rapportées au mot *Testament*, sect. 4, §. 3, des exemples de jugemens de cette nature, et il y en a encore un dans l'arrêt de la cour de cassation, du 22 juin 1820, rapporté aux mots *Ordre* (*Billet à*), §. 4, n°. 7. Il est inutile de dire que de pareils jugemens peuvent être immédiatement attaqués par la voie de cassation; cela se sent de soi-même.

La question porte donc tout entière sur les jugemens en dernier ressort qui sont véritablement *Interlocutoires*, c'est-à-dire, qui, par les préliminaires qu'ils ordonnent, préjugent le fond, mais sans lier le juge; et, à la première vue, elle semblerait devoir être, sans difficulté ni distinction quelconque, résolue pour la négative; car l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 n'ouvre qu'après le jugement définitif, le recours en cassation contre les jugemens préparatoires; et il est généralement reconnu, j'ai d'ailleurs démontré dans les conclusions du 12 avril 1810, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Interlocutoire*, §. 5, que, sous la dénomination de *jugemens préparatoires*, cet article comprend, non-seulement ceux que l'art. 452 du Code de procédure civile a depuis signalés exclusivement comme tels, mais encore ceux auxquels le même article restreint la qualification de *jugemens Interlocutoires*.

Cependant on est assez unanimement d'accord que, quelqu'indéfinie que soit la disposition de l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4, elle ne laisse pas d'être inapplicable au cas où un jugement Interlocutoire en dernier ressort est attaqué, non comme violant la loi par la manière dont il préjuge le fond, mais comme la violant par l'admission d'un mode de preuve ou d'instruction qu'elle prohibe; et la raison qu'on en donne, est qu'alors, tout Interlocutoire qu'est ce jugement, eu égard au fond, il est en même temps définitif sur la question de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité légale du mode de preuve ou d'instruction dont il s'agit. Ainsi l'a jugé un arrêt de

(1) *V.* ci-après, n°. 5.

la cour de cassation, du 28 décembre 1818, rapporté dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Préparatoire;* et à l'appui de cet arrêt en viennent deux autres de la même cour, rapportés au même endroit, sous les dates des 17 février 1807 et 24 octobre 1808, par lesquels il a été décidé que, sous la loi du 3 brumaire an 2, les jugemens de cette nature étaient susceptibles d'appel avant le jugement définitif.

Mais ce qui est véritablement controversé, c'est la question de savoir si l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 est encore applicable aux jugemens Interlocutoires en dernier ressort qui ordonnent des préliminaires que l'on critique seulement comme *inutiles*.

Il l'est sans doute, s'il fait encore loi, c'est-à-dire, s'il n'est pas abrogé par l'art. 451 du Code de procédure civile. Mais c'est là précisément le siége de la difficulté.

Je crois avoir démontré dans les conclusions déjà citées, du 12 avril 1810, que la disposition du Code de procédure, qui soumet les jugemens Interlocutoires à l'appel avant le jugement définitif, doit être renfermée dans ses termes précis, et qu'elle ne peut pas être étendue au recours en cassation; et c'est ce qu'ont effectivement jugé une foule d'arrêts de la cour de cassation qui sont rapportés tant à l'article *Interlocutoire*, §. 5, qu'à l'article *Préparatoire* de mon *Recueil de Questions de droit*. Telle est encore la décision expresse d'un arrêt plus récent de la même cour, dont voici l'espèce.

Le 10 novembre 1814, acte sous seing-privé par lequel le sieur Mathieu vend au sieur Bouchet tous les immeubles provenant de la succession de son père, au prix qui sera arbitré par le sieur Chirol, expert-géomètre.

Sur la présentation de cet acte à l'enregistrement, le receveur perçoit deux droits fixes d'un franc chacun, l'un pour l'acte qu'il considère comme une vente encore imparfaite, et l'autre pour la nomination d'expert.

Environ un an après, la régie de l'enregistrement, regardant la vente comme parfaite d'après l'acte du 10 novembre 1814, fait signifier au sieur Bouchet une contrainte en paiement du droit proportionnel de mutations, du double droit et de la subvention.

Le sieur Bouchet forme opposition à cette contrainte, sur le fondement que le sieur Chirol s'est refusé à la mission qui lui avait été confiée par l'acte du 10 novembre 1814 pour la fixation du prix; que, d'après cela, et aux termes de l'art. 1592 du Code civil, il n'y a point eu de vente; et que, dès lors, il n'est point dû de droit de mutation.

La régie n'en persiste pas moins dans sa prétention.

Le 26 mars 1816, jugement en dernier ressort, par lequel le tribunal de Brioude,

« Considérant que le sieur Bouchet soutient, à l'appui de son opposition, que l'acte sous seing-privé, du 10 novembre 1814, n'a jamais eu d'exécution; qu'il n'a jamais joui des droits immobiliers qui lui ont été vendus par le sieur Gabriel Mathieu, et qu'au contraire celui-ci ne s'en est jamais dessaisi réellement;

» Considérant que ce point de fait est important à vérifier pour bien apprécier les moyens qui sont invoqués, tant par la régie que par le sieur Bouchet;

» Avant dire droit, et sans rien préjuger au fond, ordonne que la régie rapportera les preuves et documens constatant, soit par l'inscription sur les matrices du rôle foncier, soit par baux à ferme, ou par toute voie légale, que le sieur Bouchet, directement ou indirectement, s'est mis en possession et a joui des droits immobiliers qui lui ont été vendus par l'acte précité, et que cet acte a reçu son exécution, sauf au sieur Bouchet tous contredits et preuves contraires, pour être ensuite statué par le tribunal ainsi que de droit, dépens réservés ».

La régie se pourvoit en cassation contre ce jugement.

Le sieur Bouchet, assigné devant la section civile par suite d'un arrêt de la section des requêtes, portant admission de ce recours, lui oppose une fin de non-recevoir qu'il puise dans l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4.

La régie, reproduisant le système que j'ai combattu dans mes conclusions du 12 avril 1810, répond que cet article est abrogé par l'art. 451 du Code de procédure civile.

Mais par arrêt du 13 janvier 1818,

« Vu l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4, spéciale pour la cour de cassation;

» Considérant qu'aux termes de cet article, le recours en cassation contre les jugemens en dernier ressort qui ne sont pas définitifs, n'est ouvert qu'après le jugement définitif, et que l'art. 451 du Code de procédure, qui ne parle que de l'appel, n'a point dérogé à cet article;

» Attendu que le jugement attaqué est un avant faire droit, qui ne statue rien de définitif, qui ne préjuge rien; que la preuve ordonnée d'office, et pour apprécier les moyens invoqués par les deux parties, ne fait à aucune d'elles un grief irréparable en définitive; que ce jugement ne lie pas non plus les juges, et ne saurait les empêcher de revenir en défi-

nitive aux moyens de droit sur lequels ils pouvaient d'abord prononcer indépendamment de ce préliminaire ;

» Déclare l'administration de l'enregistrement non-recevable, *quant à présent*, dans son pourvoi (1) ».

C'est aussi ce qu'a jugé, le 31 mai 1823, un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, formée en cour de cassation,

« Attendu (porte-t-il) que l'art. 14 du tit. 3 de la loi du 2 brumaire an 4 n'admet le recours en cassation contre les jugemens préparatoires et d'instruction, qu'après le jugement définitif; que cette loi, spéciale sur la matière, et par conséquent la seule qu'il faut suivre ici, n'établit pas entre les jugemens préparatoires ou d'instruction, et ceux appelés *Interlocutoires*, la distinction introduite par le Code de procédure civile, pour une toute autre matière, celle de l'appel; qu'au contraire, il résulte, tant du texte que de l'esprit de l'article cité ci-dessus, et de toute l'économie du système de la cassation, que, sous le rapport de la non-recevabilité du pourvoi, les jugemens purement Interlocutoires, c'est-à-dire, ceux qui ne décident pas définitivement un point contesté entre parties, soit sur le fond du droit, soit sur une exception, sont placés sur la même ligne que les jugemens préparatoires et d'instruction;

» Attendu que l'arrêt attaqué porte sur deux points distincts, dont l'un seulement, savoir, celui qui concerne l'intervention en appel de nouvelles parties, est définitivement jugé, tandis que l'autre est relatif à l'admission à preuve des faits articulés par les défendeurs, pour établir le dol et la simulation dont ils prétendent que sont entachés les actes des 13 février et 24 août 1816, dont il s'agit au procès;

» Attendu qu'aucun moyen de cassation n'a été proposé contre le point de l'arrêt définitivement jugé; et que, pour ce qui concerne l'autre point, les demandeurs s'étant bornés, dans leurs conclusions prises en instance d'appel, à nier les faits articulés par leur partie adverse, sans conclure à ce que ces faits fussent déclarés irrelevans, n'ont pas contesté la demande relative à l'admission à preuve; qu'enfin, le juge d'appel, en énonçant, dans la partie du dispositif de l'arrêt qui frappe sur cette admission, qu'il statuait avant de faire droit et sans préjudice aux moyens respectifs des parties, n'a rien jugé définitivement, quant à ce, entre parties; d'où il suit que c'est là une disposition purement Interlocutoire, contre laquelle il n'y a pas ouverture à cassation avant l'arrêt définitif;

» Par ces motifs, la cour déclare le pourvoi, quant à présent, non-recevable (1) ».

Mais, ni cet arrêt ni ceux qui précédemment avaient jugé de même, n'ont encore pu fixer la jurisprudence; et le parti de l'abrogation de l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 par l'art. 451 du Code de procédure civile, compte encore de nombreux sectateurs.

Quoi qu'il en soit, la question que nous venons d'agiter, en amène deux autres.

1°. Est-on encore recevable, soit après avoir exécuté un arrêt Interlocutoire, sans protestation ni réserve, soit après qu'il s'est écoulé plus de trois mois depuis sa signification à personne ou domicile, à l'attaquer par la voie de cassation conjointement avec l'arrêt définitif?

Cette question peut, comme la précédente se présenter dans deux cas : dans celui où l'arrêt Interlocutoire est attaqué comme ayant ordonné un préliminaire *inadmissible*, et par conséquent, comme violant la loi qui prohibait ce préliminaire, et celui où il est seulement attaqué comme ayant ordonné un préliminaire qui n'avait que le défaut d'être *inutile*.

Dans le second cas, la question dépend de celle de savoir si l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 est encore en vigueur ou non.

Dans l'opinion, très-bien fondée selon nous, suivant laquelle cet article fait encore loi, l'affirmative ne peut pas souffrir le plus léger doute; car après avoir dit que *le recours en cassation contre les jugemens préparatoires* (termes sous lesquels, encore une fois, les jugemens Interlocutoires sont évidemment compris), il ajoute : *mais l'exécution même volontaire ne pourra être opposée, en aucun cas, comme fin de non-recevoir :* et l'on sent assez qu'il en est à cet égard du laps de trois mois après la signification à personne ou domicile, comme de l'exécution volontaire.

Mais il en est tout autrement dans l'opinion de ceux qui regardent l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 comme abrogé par l'art. 451 du Code de procédure civile; et c'est ce qui explique un arrêt que la section civile de la cour de cassation a rendu dans l'espèce suivante.

Par acte du 23 juillet 1793, le sieur Saysset reconnaît devoir au sieur Cathala une somme de 760 francs qu'il a reçue de lui à titre de prêt, s'oblige à lui fournir annuellement une

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, page 82.

(1) Annales de jurisprudence, par M. Sanfourche-Laporte, année 1823, tome 2, page 395.

quantité de foin de la valeur de 38 francs, pour tenir lieu des intérêts de cette somme, et déclare qu'il ne pourra se libérer qu'après sept ans.

Le sieur Saysset exécute fidèlement ces conventions jusqu'à sa mort arrivée au commencement de 1812. Mais, à cette époque, son fils, au lieu de rembourser le capital de 760 francs, soutient qu'il en est libéré, et que même il lui est redû par le sieur Cathala une somme de 457 francs 25 centimes; et voici comment il raisonne : L'acte du 23 juillet 1793 a été passé pendant le cours du papier-monnaie; le capital qui y est porté, doit donc, aux termes de la loi du 11 frimaire an 6, être réduit, d'après l'échelle de dépréciation, à 257 francs 30 centimes; or, cette somme n'a dû produire que 10 francs 77 centimes d'intérêt par an; mon père a donc payé, depuis 1793, jusqu'en 1812, 27 francs 23 centimes de plus qu'il ne devait à titre d'intérêts; ses paiemens ont donc excédé sa dette de 457 francs 25 centimes.

Le sieur Cathala répond qu'il ne peut pas y avoir lieu à la réduction, parceque le sieur Saysset ne l'a pas demandée dans les délais prescrits par l'art. 5 de la loi du 11 frimaire an 6 et par l'art. 1er. de la loi du 16 nivôse suivant.

Le 15 février 1814, jugement du tribunal de première instance d'Alby, qui,

« Attendu qu'il résulte de l'acte du 23 juillet 1793 une convention synallagmatique par laquelle le sieur Saysset ne pouvait se libérer avant le terme de sept années; que, dès lors, le sieur Saysset ne pouvait user de la faculté portée en l'art. 5 de la loi du 11 frimaire an 6; qu'il résulte dudit acte que les intérêts de la somme de 760 francs furent stipulés payables en nature; qu'il est par conséquent nécessaire, avant tout, de connaître la quantité de foin qui a été payée par Saysset, ce qui nécessite un compte entre les parties;

» Avant dire droit définitivement aux parties, ordonne qu'elles se retireront devant M....., juge commis à ces fins, pour faire un compte des intérêts payés par Saysset, soit en nature, soit en argent, en exécution de l'acte du 23 juillet 1793, dépens réservés ».

Le 4 avril 1814, signification de ce jugement au domicile du sieur Cathala, avec sommation de comparaître à jour et heure fixes devant le juge-commissaire.

Le sieur Cathala ne comparaît point devant ce juge; et celui-ci, après avoir procédé au compte et à la liquidation ordonnée, renvoie les parties à l'audience.

La cause reportée devant le tribunal, le 23 décembre suivant, le sieur Cathala, en se réservant le recours en cassation contre le jugement *préparatoire* du 15 février, conclud à ce que le procès-verbal de liquidation dressé par le juge-commissaire, soit rejeté comme inutile, et à ce que le sieur Saysset soit débouté de sa demande.

Le sieur Saysset répond que la liquidation faite par le juge-commissaire, n'est pas inutile, comme le prétend le sieur Cathala, mais décisive; que c'est mal à propos que le sieur Cathala, en qualifiant de *préparatoire* le jugement qui l'a ordonnée, se réserve de l'attaquer par la voie de cassation; que ce jugement est réellement Interlocutoire, puisqu'il prononce définitivement sur la question de savoir si la créance de 760 francs est réductible d'après l'échelle de dépréciation; et que, par conséquent, il est à l'abri de tout recours en cassation, puisqu'il y a plus de trois mois que la signification en a été faite régulièrement à domicile.

Le 10 avril 1815, jugement définitif qui, attendu que la question de la réductibilité est décidée par le jugement Interlocutoire du 15 février 1814, « déclare le sieur Saysset libéré » de l'obligation de la somme de 760 francs, » consentie par son père, en faveur du sieur » Cathala, le 23 juillet 1793; déclare de plus » ledit Cathala débiteur envers Saysset de la » somme de 394 francs 41 centimes, et le » condamne à payer cette somme dans le délai d'un mois ».

Le sieur Cathala se pourvoit en cassation tant contre ce jugement que contre celui du 15 février 1814.

L'affaire portée à la section civile, le sieur Saysset se borne à exciper contre le sieur Cathala d'une fin de non-recevoir qu'il fait résulter, d'une part, de ce que le jugement du 15 février 1814 n'a été attaqué par lui que plus de trois mois après la signification qu'il en a reçue à domicile, et de l'autre, de ce que le jugement du 10 avril 1814, quoiqu'attaqué à temps, ne peut plus l'être utilement, puisqu'il n'est que la conséquence du premier. « Le premier jugement (dit-il) est un véritable Interlocutoire, par la raison qu'il a définitivement prononcé sur la question de » réductibilité de la créance, ce qui résulte » tant des motifs que du dispositif de ce jugement; car il n'a pu ordonner un compte et » une liquidation des sommes payées par » Saysset père, qu'en supposant que la créance » devait être réduite, *puisque, sans cela, ce* » *compte et cette liquidation auraient été* » *inutiles*. Or, le pourvoi contre un jugement

» Interlocutoire qui préjuge le fond, et dont » l'effet est irréparable en définitive, et qui, » par conséquent, doit être considéré comme » définitif lui-même, n'est recevable que dans » les trois mois de sa signification, et ne l'est » plus après ce délai, même conjointement » avec le pourvoi contre le jugement définitif».

Le sieur Cathala ne combat cette fin de non-recevoir que par de mauvaises raisons. Il soutient d'abord que le jugement du 15 février 1814 était purement *préparatoire*, et que, par conséquent, il n'a pu l'attaquer que conjointement avec le jugement définitif: puis il ajoute : « Au surplus, l'art. 451 du Code » de procédure, relatif à l'appel des jugemens » Interlocutoires, est applicable au pourvoi » en cassation contre les jugemens de la même » espèce; or, l'art. 451 dispose que l'appel » d'un jugement préparatoire ne pourra être » interjeté qu'après le jugement définitif, » et conjointement avec l'appel de ce juge- » ment; et il ajoute que l'appel des jugemens » Interlocutoires *pourra* être interjeté avant » le jugement définitif; c'est-à-dire, qu'à l'é- » gard de l'appel du jugement Interlocutoire, » on a, comme pour l'appel de tout jugement » préparatoire, le droit de l'interjeter après » le jugement définitif, et conjointement » avec l'appel de ce jugement; et en outre, » la faculté d'interjeter appel avant le juge- » ment définitif; donc, dans l'espèce, en sup- » posant que le jugement du 15 février 1814 » ait le caractère d'un véritable jugement In- » terlocutoire, on avait la double faculté de » se pourvoir sur-le-champ, et celle d'atten- » dre le jugement définitif et de former son » pourvoi contre l'Interlocutoire conjointe- » ment avec celui contre le jugement défi- » nitif. Ainsi, bien que la signification du » jugement du 15 février 1814 ait eu lieu le » 4 avril suivant, le pourvoi formé le 29 juil- » let 1815, n'en est pas moins recevable ».

Par arrêt du 25 novembre 1817, au rapport de M. Chabot,

« Attendu qu'il résulte des motifs et du dispositif du jugement du 15 février 1814, que, par ce jugement, la question principale, relative à la réductibilité de la créance du demandeur, a été décidée, et que le second jugement l'a ainsi déclaré dans ses motifs, d'où il suit que le premier jugement était, d'après le second paragraphe de l'art. 452 du Code de procédure civile, un jugement Interlocutoire, et non pas un simple jugement préparatoire; et qu'en conséquence, ayant été notifié à domicile, il ne pouvait être attaqué par recours en cassation, que dans les trois mois de sa notification;

» La cour déclare le pourvoi non-recevable... (1) ».

Il est permis de croire que si le sieur Cathala se fût mieux défendu, la fin de non-recevoir qu'on lui opposait, aurait pu être rejetée.

Sans doute, elle eût dû être accueillie comme elle l'a été, si le jugement du 15 février 1814 eût été définitif; mais qu'y avait-il de définitif dans ce jugement? Rien, évidemment rien: il préjugeait bien le fond, en ordonnant un compte d'intérêts, mais il ne le jugeait pas; il ne jugeait même aucun incident qui eût été élevé, relativement à ce compte, entre les parties; c'était d'office que ce compte avait été ordonné par le juge, et les deux parties s'accordaient à soutenir qu'en supposant la créance non-réductible, ce compte eût été, non pas *inadmissible*, comme le serait une preuve par témoins dans les cas prohibés par la loi, mais seulement *inutile*.

Or, que devient l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4, si un pareil jugement peut être considéré comme passible de recours en cassation avant le jugement définitif, et, par suite, comme acquérant l'autorité de la chose jugée, par le seul laps des trois mois qui en suivent la signification à personne ou domicile?

On ne dira pas sans doute que cet article ne comprend pas les *jugemens Interlocutoires* sous la dénomination de *jugemens préparatoires;* car, je l'ai déjà remarqué, le contraire est démontré dans mes conclusions du 12 avril 1810, et jugé par les nombreux arrêts dont j'ai parlé sur la question précédente.

La section civile de la cour de cassation n'a donc pu accueillir, comme elle l'a fait, la fin de non-recevoir qui était opposée au sieur Cathala, qu'en supposant que cet article est abrogé par le Code de procédure civile, et que l'on doit étendre au recours en cassation, l'innovation introduite par cet article pour l'appel seulement; et il est possible que si, allant au devant de cette supposition, le sieur Cathala l'eût combattue par les raisons que j'ai fait valoir dans les conclusions citées, il fût parvenu à faire écarter la fin de non-recevoir sous laquelle il a succombé.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, dans celui où l'arrêt Interlocutoire est attaqué comme ayant ordonné un préliminaire inadmissible, les mêmes raisons d'après lesquelles on juge

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 18, page 82.

que le recours en cassation est ouvert tout de suite contre l'arrêt Interlocutoire, militent pareillement pour faire juger que ce recours n'est plus recevable du moment que l'arrêt Interlocutoire a été exécuté volontairement, ou qu'il s'est écoulé plus de trois mois depuis qu'il a été signifié à personne ou domicile; car il est de principe que tout droit ouvert s'éteint par la renonciation de la partie intéressée à le faire valoir, et que toute partie est censée renoncer au droit ouvert en sa faveur d'attaquer un arrêt, lorsqu'elle y acquiesce, ou qu'elle laisse expirer, sans se pourvoir, le délai fixé par la loi.

M. le procureur général Mourre a cependant soutenu le contraire, en portant la parole devant la section des requêtes sur le recours en cassation du sieur Duvau de Chavagnes contre deux arrêts de la cour royale d'Angers, l'un du 31 janvier 1814, par lequel la demoiselle Clémentine, qui se prétendait sa sœur, avait été admise à une preuve d'identité qu'il soutenait être inadmissible; l'autre, du 23 juillet 1817, qui avait, en adoptant le résultat de cette preuve, prononcé en faveur de la demoiselle Clémentine (1).

Mais il ne s'est appuyé que sur des raisons applicables au seul cas où *l'admissibilité légale* de la preuve ordonnée par un arrêt Interlocutoire, n'est pas mise en question; et c'est assez dire que la doctrine qu'il a professée dans cette affaire, est, quoiqu'exacte en soi, absolument étrangère au cas qui nous occupe.

Est-il vrai d'ailleurs, comme le prétendent les rédacteurs du *Journal des Audiences de la cour de cassation* (année 1818, page 38), que la cour de cassation, en prononçant, par arrêt du 27 janvier 1818, sur le fond du recours du sieur Duvau de Chavagnes, ait reconnu qu'il était recevable?

Cette assertion serait peut-être soutenable, s'il s'agissait d'un arrêt rendu contradictoirement par la section civile, sur un recours en cassation auquel le défendeur eût préliminairement opposé une fin de non-recevoir, et dont il n'eût demandé le rejet au fond que subsidiairement; et encore pourrait-on dire, dans cette hypothèse, que la section civile, en rejetant le recours en cassation par un motif tiré du fond, n'aurait pas rejeté implicitement la fin de non-recevoir, mais l'aurait seulement laissée de côté comme offrant une question moins simple et moins facile à résoudre.

Mais ici de quoi s'agit-il? D'un arrêt rendu par la section des requêtes, c'est-à-dire, d'un arrêt rendu hors la présence de la partie intéressée à faire rejeter le recours en cassation par fin de non-recevoir, et conséquemment d'un arrêt qui n'eût pu déclarer ce recours non-recevable, que d'office. Que conclure donc de ce qu'au lieu de déclarer non-recevable, d'office, le recours en cassation du sieur Duvau de Chavagnes, il l'a rejeté au fond? Rien autre chose, si ce n'est qu'entre deux manières de prononcer sur ce recours, il a préféré celle qui présentait le moins de difficultés; et dès-là, nul doute qu'il n'ait laissé entière la question de savoir si le sieur Duvau de Chavagnes était recevable à attaquer l'arrêt Interlocutoire conjointement avec l'arrêt définitif, après avoir acquiescé au premier.

Voici, du reste, un arrêt plus récent, qui prouve que, si la cour de cassation se fût alors occupée de cette question, elle l'eût résolue dans le sens absolument opposé.

Les sieur et dame Kuentzmann, poursuivis par le sieur Hirtz en paiement d'une obligation qu'ils avaient souscrite à son profit, alléguaient, pour la faire déclarer nulle en vertu de l'art. 5 du décret du 17 mars 1808, des faits de fraude et d'usure dont ils demandaient à faire preuve par témoins.

Le sieur Hirtz, de son côté, soutenait que cette preuve était inadmissible.

Par arrêt du 22 mai 1813, la cour d'appel de Colmar admet cette preuve.

Le sieur Hirtz, pour faire courir contre eux les délais de l'enquête, leur signifie cet arrêt, sans aucune protestation ni réserve, et il fait procéder de même à sa contre-enquête.

Le 18 mars 1815, arrêt définitif qui, d'après le résultat des enquêtes, déclare l'obligation nulle.

Le sieur Hirtz se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts.

Les sieur et dame Kuentzmann, assignés devant la section civile pour défendre à ce recours, soutiennent 1°. qu'il est non-recevable quant à l'arrêt Interlocutoire, parceque le sieur Hirtz a lui-même fait signifier cet arrêt sans réserve, et qu'il l'a d'ailleurs exécuté volontairement; 2°. que, par suite, il est également non-recevable quant à l'arrêt définitif, parceque cet arrêt n'est que la conséquence de la preuve acquise en exécution du premier.

Par arrêt du 6 juillet 1819, au rapport de M. Carnot,

« Attendu qu'en faisant signifier sans ré-

(1) *V. Légitimité*, sect. 3, n°. 3.

serve l'arrêt Interlocutoire du 22 mai 1813, le demandeur s'est rendu non-recevable à se pourvoir en cassation contre ledit arrêt, aux termes de l'art. 257 du Code de procédure civile;

» La cour rejette le pourvoi dirigé contre ledit arrêt;

» Et attendu que cet arrêt demeurant dans toute sa force, celui du 18 mars 1815 n'a fait qu'une juste application de l'art. 5 du décret du 17 mars 1808;

» La cour rejette également le pourvoi du demandeur contre ce dernier arrêt ».

2°. Lorsque, soit à la suite d'un arrêt Interlocutoire qui a ordonné un préliminaire critiqué seulement comme *inutile*, soit à la suite d'un arrêt Interlocutoire qui a ordonné un préliminaire critiqué comme *inadmissible*, mais qui n'a été exécuté qu'avec réserve, et qui n'a été signifié ni à personne ni à domicile, il est intervenu un arrêt définitif calqué sur le résultat de ce préliminaire, est-il absolument nécessaire que le premier soit attaqué conjointement avec le second, ou au moins dans les trois mois de la signification de celui-ci?

Oui, et s'il ne l'est pas dans ce délai, il ne demeure pas seulement, pour toujours, à l'abri du recours en cassation, il forme encore un obstacle invincible à ce que le recours en cassation contre le jugement définitif soit reçu.

Cela est établi dans les conclusions et jugé par l'arrêt du 18 janvier 1813, qui sont rapportés à l'article *Testament*, sect. 4, §. 3.

Cela résulte non moins clairement des deux arrêts des 5 novembre 1817 et 6 juillet 1819, qui ont prononcé sur les deux questions précédentes.

Enfin, c'est ce qu'a formellement décidé un arrêt plus récent encore, qui n'est rapporté dans aucun recueil, et dont je crois devoir, par cette raison, retracer l'espèce avec quelques détails.

Le 11 prairial an 4, décès du sieur Arnoud Noiret, laissant une succession considérable, qui, d'après la loi du 17 nivôse an 2, et attendu qu'il n'a point d'enfans, doit se partager par moitié entre ses parens paternels et ses parens maternels.

La dame Cottignies se présente comme seule successible dans la ligne maternelle, et réclame à ce titre la moitié de la succession.

Le 1er. ventôse an 5, jugement du tribunal civil du département du Nord, qui admet le commissaire du gouvernement près l'administration centrale du même département, à prouver que le sieur de Bats et la dame de Luppé, sa sœur, tous deux émigrés, et représentés par le domaine de l'État, sont parens du défunt et habiles à lui succéder dans la ligne maternelle, soit concurremment avec la dame Cottignies, soit à son exclusion.

Le 19 germinal suivant, jugement du même tribunal qui déclare le commissaire du gouvernement forclos, *quant à présent*, de la preuve à laquelle il a été admis; envoie provisoirement les héritiers présens en possession de l'hérédité; donne acte à la dame Cottignies du consentement des prétendans à la succession, à ce qu'elle soit reconnue héritière du défunt du côté maternel; et ordonne que l'exécuteur testamentaire aura, par provision, la régie et l'administration de tous les biens dont la succession se compose.

En vertu de ce jugement, la succession est partagée par moitié entre la dame Cottignies et les héritiers de la ligne paternelle.

Dans la suite, le commissaire du gouvernement découvre quelques titres qui lui paraissent justifier que le sieur de Bats et la dame de Luppé descendent de Jean Pollet et de Michelle Farvacques, à un degré plus proche que la dame Cottignies. En conséquence, il fait assigner celle-ci devant le même tribunal pour voir dire qu'elle sera tenue d'abandonner au domaine de l'État la portion qu'elle a recueillie dans la succession Noiret; et subsidiairement, dans le cas où il serait jugé qu'il y avait égalité de degrés entre elle et les émigrés de Bats, relativement à Jean Pollet, souche commune, qu'elle sera condamnée à délaisser au gouvernement la moitié de cette portion.

Le 3 prairial an 7, jugement qui « donne » acte au commissaire du pouvoir exécutif » des offres faites par la femme Cottignies, » d'abandonner à l'État un trente-deuxième » de la succession de feu Noiret, du chef de » Jean Pollet, souche commune, et un autre » trente-deuxième de la branche faillie des » Prouvost; ordonne au surplus que l'État » entrera en possession de deux autres trente- » deuxièmes de ladite succession, du chef » de la branche prétendue faillie de Far- » vacques; déboute ledit commissaire du » surplus de ses conclusions ».

Ce jugement est, non-seulement signifié, mais encore exécuté par un partage qui se fait conformément à ses dispositions, entre le gouvernement et la dame Cottignies.

Les choses en cet état, survient la loi du 5 décembre 1814, relative aux biens invendus des émigrés.

Eveillés par cette loi, le sieur de Bats et la dame de Luppé se livrent à des recherches sur les moyens qui ont pu mettre la dame Cottig-

gnies en mesure de se faire adjuger, au préjudice de l'État, et par suite, à leur propre détriment, une grande partie de la succession Noiret; et ils découvrent qu'elle y est parvenue, en se faisant passer pour parente du défunt à l'aide de pièces fausses ou falsifiées, savoir, 1°. une transaction prétendue passée devant notaire, le 21 avril 1663, entre Jean Pollet et Michelle Farvacques, d'une part, et la veuve Hecquet, de l'autre; 2°. un contrat de mariage entre Jean Pollet et Jeanne Coolen; 3°. un prétendu testament fait devant notaire par Michelle Pollet, le 11 décembre 1698.

En conséquence, ils se rendent appelans des jugemens des 19 germinal an 5 et 3 prairial an 7; et par acte d'avoué à avoué, ils somment la dame Cottignies de déclarer si elle entend se servir de ses trois pièces, avec protestation de les attaquer par inscription de faux, en cas de réponse affirmative de sa part.

Sur cette sommation, la dame Cottignies soutient qu'elle n'est pas tenue, quant à présent, d'y répondre; et qu'il faut, avant tout, décider si le sieur de Bats et la dame de Luppé sont recevables à appeler des deux jugemens signifiés et exécutés depuis plusieurs années.

Et la cause portée à l'audience de la cour royale de Douai, elle conclud, en invoquant l'art. 14 du titre 5 de la loi du 24 août 1790, à ce qu'ils soient déclarés non-recevables dans cet appel.

Le sieur de Bats et la dame de Luppé lui opposent l'art. 448 du Code de procédure civile, en soutenant que la disposition n'en est pas introductive d'un droit nouveau, et que, par conséquent, elle est applicable à l'appel de jugemens rendus sur des pièces fausses, sous l'empire de la loi du 24 août 1790.

Par arrêt du 17 février 1818, la cour royale de Douai, adoptant leur moyen de défense, et considérant, par suite, que, si le faux articulé par eux, vient à être prouvé, leur appel devra évidemment être reçu; « ordonne, avant de faire droit sur la fin » de non-recevoir, que, dans la huitaine....., » l'intimée sera tenue de déclarer catégoriquement si elle entend se servir des trois » actes ci-dessus mentionnés, en ce sens » qu'elle soutiendrait qu'ils ne sont ni faux » ni falsifiés, pour ensuite les parties en revenir à l'audience, et être ordonné ce qu'il » appartiendra ».

En exécution de cet arrêt, *signifié seulement à avoué*, la dame Cottignies déclare, sous la réserve de tous ses droits, qu'elle entend se servir des pièces arguées de faux.

En conséquence, inscription de faux contre ces pièces; admission des moyens de faux; et le 13 janvier 1819, arrêt qui déclare les trois actes faux ou falsifiés; reçoit le sieur de Bats et la dame de Luppé « appelans des » jugemens des 19 germinal an 5 et 3 prairial » an 7; et pour être fait droit sur lesdits appels, proroge l'audience au 1er. février » suivant ».

Le 1er. février suivant, arrêt définitif qui, « Attendu 1°. que les appelans se trouvent réintégrés dans les droits que le gouvernement aurait pu exercer de leur chef pendant leur émigration;

» 2°. Que les jugemens des 19 germinal an 5 et 3 prairial an 7 n'avaient accueilli les prétentions de la dame Cottignies, qu'en supposant que Robert Pollet, de qui elle descendait, était frère de Jean Pollet, époux de Michelle Farvacques, et l'un des ascendans d'Arnoud Noiret; d'où il résultait que ce dernier et la dame Cottignies auraient eu pour souche commune Jean Pollet, époux de Marguerite Dubosquier; mais que cette supposition n'était fondée que sur la transaction du 21 avril 1663, déclarée fausse ou falsifiée, par l'arrêt du 13 janvier 1819; qu'en dernière analyse, la dame Cottignies est étrangère à la famille d'Arnoud Noiret;

» 3°. Qu'il est au contraire prouvé que le sieur de Bats et la dame de Luppé descendent directement, ainsi qu'Arnoud Noiret, de Jean Pollet;

» Met l'appellation et les jugemens dont est appel, au néant; émendant, et faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, déclare qu'à tort et sans droit, la femme Cottignies a été reconnue parente d'Arnoud Noiret *de cujus*; déclare que les appelans sont seuls héritiers dudit Noiret pour la ligne maternelle; renvoie en conséquence ces derniers en possession des biens que l'intimée s'était fait adjuger par les jugemens dont est appel, condamne ladite intimée à la restitution des sommes perçues depuis son indue jouissance ».

La dame Cottignies se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 13 janvier 1819, qu'elle dénonce 1°. comme violant, par une fausse application de l'art. 448 du Code de procédure civile, l'art. 14 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, qui interdit l'appel de tout jugement signifié à personne ou domicile depuis plus de trois mois; 2°. comme violant l'art. 16 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10 et l'art. 1er. de la loi du 5 décembre 1814, qui mettent à l'abri de toute atteinte de la part des ex-émigrés, les actes faits et

les jugemens rendus avec le gouvernement pendant qu'il exerçait leurs droits.

Mais elle n'attaque ni l'arrêt du 13 février suivant, sans doute parcequ'elle pense, et avec raison, qu'il suivra de plein droit le sort du premier, ni celui du 17 février 1818 dont l'un et l'autre ne sont que la conséquence.

Le 13 juin 1820, arrêt de la section des requêtes qui admet sa demande en cassation.

L'affaire portée en conséquence devant la section civile, le défenseur du sieur de Bats et de la dame de Luppé, exposant les moyens que j'avais développés pour eux dans une consultation du 3 janvier 1821, établit deux propositions : l'une, que la demande en cassation de la dame Cottignies est non-recevable; l'autre, qu'elle n'est pas fondée.

Et voici, en substance, comment il justifie la première de ces propositions.

« L'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 ne dit pas qu'il ne sera jamais nécessaire de se pourvoir en cassation contre les arrêts Interlocutoires; il dit encore moins que l'on ne pourra jamais les attaquer par cette voie; il dit seulement que le recours en cassation contre ces arrêts, *ne sera ouvert qu'après le jugement définitif;* et de là il suit évidemment que tout arrêt Interlocutoire doit être attaqué dans les trois mois de la signification régulière de l'arrêt définitif, et conjointement avec cet arrêt.

» En effet, s'il est vrai (et il serait difficile d'en douter) que la première disposition de l'art. 451 du Code de procédure, qui, en voulant que *l'appel d'un jugement préparatoire ne puisse être interjeté qu'après le jugement définitif, et conjointement avec ce jugement,* veut aussi que le délai de l'appel ne coure que *du jour de la signification* du jugement définitif, et que cependant cet appel soit recevable nonobstant toute exécution antérieure; s'il est vrai, disons-nous, que cette première disposition de l'art. 451 n'a fait qu'adapter à l'appel des jugemens préparatoires, sinon le texte précis, du moins le véritable esprit de l'art. 6 de la loi du 3 brumaire an 2, qui prescrivait la même chose, non-seulement pour l'appel des jugemens de cette nature, mais encore pour l'appel des jugemens Interlocutoires, et qui effectivement avait toujours été entendu et observé dans le même sens;

» S'il est également vrai que l'art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 n'avait fait qu'appliquer cette disposition de la loi du 3 brumaire an 2 au recours en cassation contre les jugemens, soit Interlocutoires, soit purement préparatoires;

» Si, enfin, il est vrai que cet art. 14 de la loi du 2 brumaire an 4 subsiste dans toute son intégrité;

» Il s'ensuit nécessairement qu'un arrêt Interlocutoire doit être attaqué conjointement avec l'arrêt définitif, dans les trois mois qui suivent la signification de ce dernier arrêt.

» Cette conséquence paraîtra encore plus claire, en envisageant les choses sous un autre rapport.

» Pourquoi le recours en cassation contre un arrêt Interlocutoire qui préjuge le fond sans le décider, n'est-il ouvert, aux termes de la loi, qu'après l'arrêt définitif? Pourquoi s'ouvre-t-il alors nonobstant toute signification ou exécution volontaire antérieure? Et pourquoi l'arrêt Interlocutoire doit-il être attaqué en même temps que l'arrêt définitif?

» C'est qu'un arrêt Interlocutoire ne lie pas irrévocablement le juge qui l'a rendu; que ce juge lui-même conserve jusqu'au moment de la prononciation de l'arrêt définitif, la faculté de revenir en définitive aux moyens de droit ou de fait qu'il avait d'abord rejetés mentalement; que, si donc le recours en cassation qui n'a pas d'effet suspensif alors même qu'il est suivi d'un arrêt d'admission, était reçu contre l'arrêt Interlocutoire avant l'arrêt définitif, il pourrait arriver qu'à l'instant où la cour de cassation casserait le premier, la cour d'appel l'eût déjà rectifié ou en eût entièrement négligé le résultat en statuant sur le fond, et qu'ainsi l'arrêt de cassation restât absolument inutile ou sans objet; c'est que, pour prévenir un tel inconvénient, la loi a dû obliger la partie intéressée à se pourvoir contre l'arrêt Interlocutoire, d'attendre l'arrêt définitif, et que, par suite, il a bien fallu la mettre, jusque là, à l'abri de toute fin de non-recevoir.

» Mais si, au contraire, le juge qui, malgré la résistance de l'une des parties, a rendu l'arrêt Interlocutoire, en adopte le résultat lorsqu'il statue sur le fond, alors et par cela même, l'arrêt Interlocutoire devient irrévocablement la base, le principe fondamental de l'arrêt définitif. Dès ce moment donc la partie condamnée ne peut pas acquiescer à celui-là sans acquiescer à celui-ci; et bien certainement, elle acquiesce au premier, lorsqu'elle se borne à attaquer le second. Il est donc nécessaire que l'un soit attaqué conjointement avec l'autre.

» Or, dans l'espèce, la cour royale de Douai, lorsque, par son arrêt définitif du 13 janvier 1819, elle a reçu l'appel du sieur de Bats et de sa sœur, loin de laisser de côté le résultat de l'arrêt Interlocutoire du 17 fé-

vrier 1818, c'est-à-dire, la preuve du faux, en a fait au contraire la base fondamentale de sa décision.

» Son arrêt Interlocutoire a donc été, dès lors, à son arrêt définitif, ce que le principe est à la conséquence, ce que la cause est à l'effet.

» La dame Cottignies n'a donc pas pu, dès ce moment, acquiescer impunément au premier; elle n'a donc pas pu y acquiescer, sans acquiescer en même temps au second.

» Dira-t-elle qu'en se bornant à attaquer l'arrêt définitif, elle a entendu attaquer la conséquence que le juge, sans être lié par l'arrêt Interlocutoire, avait pourtant tirée de son résultat pour déclarer l'appel définitivement recevable? Et ajoutera-t-elle qu'il lui suffisait d'attaquer cette conséquence dans l'arrêt définitif, sans qu'il fût besoin d'attaquer l'arrêt Interlocutoire en soi, et sans que, dès-là, on puisse lui imputer d'avoir acquiescé à cet arrêt?

» Mais d'abord, par cela seul que la loi du 2 brumaire an 4 veut que l'arrêt Interlocutoire qui préjuge le fond sans le décider définitivement, ne puisse être attaqué qu'après l'arrêt définitif, elle suppose nécessairement qu'après l'arrêt définitif, lorsqu'il est basé sur le résultat de l'arrêt Interlocutoire, il devient indispensable d'attaquer celui-ci en même temps que celui-là; car la voie de cassation est une voie extraordinaire que le législateur est toujours censé ne prévoir que pour le cas où elle est à la fois nécessaire et admissible.

» Ensuite, si la cour royale n'était pas liée par son arrêt Interlocutoire du 17 février 1818, si elle pouvait, sans blesser l'autorité de la chose jugée, ne pas adopter en définitive le résultat de cet arrêt, elle avait aussi la faculté de l'adopter, et c'est ce qu'elle a fait. Or, le moyen de concevoir qu'il ne fût pas nécessaire d'attaquer cet arrêt pour atteindre l'arrêt définitif dont il était ainsi devenu le principe fondamental? Le moyen de concevoir que l'arrêt définitif ait pu être attaqué utilement, sans recours simultané contre l'arrêt Interlocutoire dont il était ainsi devenu la conséquence? Le moyen de concevoir qu'il ait pu suffire d'attaquer cette conséquence dans l'arrêt définitif, et qu'il fût inutile d'en attaquer le principe dans l'arrêt Interlocutoire lui-même?

» Et d'ailleurs, prétendre qu'en laissant volontairement intact l'arrêt Interlocutoire, et en n'attaquant que l'arrêt définitif, la veuve Cottignies n'a pas acquiescé de fait à celui-là, et par suite à celui-ci; prétendre qu'entre le maintien de l'un et le recours isolé contre l'autre, il n'y a pas une contrariété qui exclud tout recours utile, ne serait-ce pas imiter le procédé d'un individu qui, tout en souscrivant librement un acte exclusif de la qualité qu'il y prendrait, protesterait contre les conséquences de cet acte, et prétendrait conserver par-là sa qualité? Or, personne n'ignore qu'une protestation est toujours réputée non écrite ou inutile, quand elle est démentie par l'acte même ou par le fait qu'elle accompagne : *protestatio facto seu actui contraria tollit protestationis effectum* (1).

» Eh! ne voit-on pas que, si, après que la cour royale eut définitivement reçu l'appel du sieur de Bats et de sa sœur, la dame Cottignies avait pu se dispenser d'attaquer l'un des deux arrêts, c'est contre l'arrêt Interlocutoire plutôt que contre l'arrêt définitif qu'elle aurait dû diriger son recours en cassation? Ne voit-on pas qu'en le dirigeant isolément contre l'arrêt définitif, et en laissant intact l'arrêt Interlocutoire, elle a simultanément acquiescé, et à l'arrêt Interlocutoire, et à l'arrêt définitif? Car c'est bien acquiescer à la conséquence que d'acquiescer au principe dont elle découle.

» Vainement donc la dame Cottignies se retranchera-t-elle à dire qu'elle ne peut pas avoir acquiescé à l'arrêt définitif, puisqu'elle l'a formellement attaqué. Oui, elle l'a attaqué par sa requête en cassation, du 9 mars 1819; mais elle y a acquiescé de fait par son défaut de recours contre l'arrêt Interlocutoire dont l'arrêt définitif n'est qu'une suite et une conséquence qui, à la vérité, était facultative et non nécessaire avant cet arrêt, mais que cet arrêt même a sanctionnée, en prenant le résultat de l'arrêt Interlocutoire pour base de décision sur la fin de non-recevoir opposée à l'appel.

» Quoi! l'arrêt définitif se trouve fondé sur la preuve du faux qui était précisément le résultat de l'arrêt Interlocutoire; et l'on voudrait que l'acquiescement donné à celui-ci, n'emportât pas acquiescement à celui-là! On voudrait que le maintien d'un tel Interlocutoire n'entraînât pas naturellement le maintien de l'arrêt définitif! On voudrait que le recours en cassation formé contre l'arrêt défi-

(1) *V.* les autorités citées à l'appui de ce principe, dans les conclusions du 20 juillet 1814, rapportées à l'article *Bénéfice d'inventaire*, n°. 26; et l'arrêt de la cour de cassation, du 13 avril 1815, rapporté à l'article *Héritier*, sect. 2, §. 2, no. 3.

nitif seulement, présentât quelque intérêt et fût susceptible d'être reçu, alors que l'arrêt Interlocutoire, principe fondamental de la preuve du faux sur laquelle l'arrêt définitif se trouve édifié, n'a pas été attaqué avec cet arrêt, qu'il ne peut plus l'être, qu'il subsiste dans toute son intégrité! Ce serait là un de ces paradoxes qu'il suffit d'énoncer pour les détruire ».

Sur ces moyens, arrêt du 28 août 1821, au rapport de M. Trinquelague, par lequel,

« Attendu que la contestation élevée entre les parties, lors de l'arrêt du 17 février 1818, avait pour objet de savoir si, dans le cas où il serait prouvé que les pièces qui avaient servi de base aux jugemens des 19 germinal an 5 et 3 prairial an 7, étaient fausses, le délai de l'appel de ces jugemens aurait été prorogé conformément aux dispositions de l'art. 448 du Code de procédure civile; et qu'il résulte des motifs et du dispositif de cet arrêt, qu'il a jugé en droit que, dans ce cas, le délai de l'appel n'avait couru, en conformité de cet article, que du jour de la découverte du faux;

» Attendu que, cet arrêt n'ayant pas été attaqué, celui du 13 janvier 1819, qui n'en est que la suite et la conséquence, ne peut pas l'être;

» Attendu, d'autre part, que l'incapacité que les demandeurs opposent aux défendeurs, et qu'ils fondent sur l'art. 16 du sénatus-consulte du 6 floréal an 10 et sur l'art. 1er. de la loi du 5 décembre 1814, n'a été opposée, en aucun temps, devant la cour royale;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi de la veuve Cottignies contre l'arrêt de la cour royale de Douai, du 13 janvier 1819.... ».

IV. En matière criminelle, correctionnelle et de police, « le recours en cassation contre » les arrêts préparatoires ou d'instruction, » n'est ouvert qu'après l'arrêt ou jugement » définitif: l'exécution volontaire de tels ar- » rêts ou jugemens ne peut, en aucun cas, » être opposée comme fin de non-recevoir ». Ce sont les termes de l'art. 416 du Code d'instruction criminelle de 1808: l'art. 294 du Code du 3 brumaire an 4 disait la même chose.

De là, s'ensuit-il qu'en matière correctionnelle, le recours en cassation n'est pas ouvert contre un arrêt qui annulle l'instruction faite en première instance, et ordonne qu'il en sera fait une nouvelle?

Cette question s'est présentée, sous le Code du 3 brumaire an 4, dans l'espèce suivante.

Le 13 juillet 1807, arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Yonne, qui, sur l'appel interjeté par le sieur Chaussin, d'un jugement du tribunal correctionnel de Sens, rendu au profit du sieur Huré, partie plaignante, déclare nuls et ce jugement et toute l'instruction qui l'a précédé, et ordonne qu'à l'audience du 12 août suivant, il sera procédé à une nouvelle instruction.

Le 12 août suivant, arrêt définitif qui décharge le sieur Chaussin de la plainte du sieur Huré.

Le lendemain, le sieur Huré se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts.

Par arrêt du 5 novembre 1807, au rapport de M. Guieu,

« Attendu que l'arrêt du 13 juillet 1807, par lequel la cour de justice criminelle du département de l'Yonne a cassé la procédure faite devant le tribunal correctionnel de Sens, n'était point un jugement simplement préparatoire; mais qu'il était définitif, puisqu'il tendait à porter un préjudice irréparable à la partie plaignante, en la privant du bénéfice de l'instruction faite en première instance, qui lui était acquis; que, sous ce rapport, Huré ne pouvait se pourvoir valablement en cassation contre cet arrêt, que dans les délais fixés par l'art. 440 du Code des délits et des peines; ce qui n'a pas eu lieu, puisque son pourvoi n'a été déclaré contre cet arrêt, que le 13 août 1807, et postérieurement à l'arrêt qui a statué sur le fond;

» La cour déclare Huré non-recevable dans son pourvoi envers l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Yonne, sous la date du 13 juillet 1807.... ».

V. 1°. Les jugemens Interlocutoires lient-ils, en définitive, les tribunaux qui les ont rendus? 2°. Pour déterminer, à cet égard, si un jugement est définitif ou s'il n'est qu'Interlocutoire, est-ce à ses motifs, est-ce à son dispositif que l'on doit s'attacher?

Sur la première question, *V.* l'article *Chose jugée*, §. 13, et mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Testament*, §. 14 et §. 17, art. IV-4°.;

Sur la seconde question, *V.* l'article *Communaux*, §. 4 *bis*.]]

* INTERPELLATION. Sommation de répondre sur un fait.

I. Quand on procède à une confrontation, et que l'accusé remarque dans la déposition du témoin quelque contrariété ou circonstance qui peut éclaircir le fait et justifier son innocence, il a le droit de requérir le juge d'interpeller le témoin de reconnaître cette contrariété ou circonstance: mais il ne peut pas lui-même faire l'Interpellation au témoin. C'est ce qui résulte de l'art. 22 du titre 15

de l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670:

Dans le nombre des Interpellations requises par l'accusé, le juge doit discerner celles qui sont pertinentes, et ne faire aux témoins que des questions justes et raisonnables. Chaque Interpellation ne doit contenir qu'un seul fait, et doit être proposée avec clarté et simplicité. Si le témoin refuse d'y répondre, le juge doit lui enjoindre de le faire sous peine de désobéissance à justice, et l'avertir qu'en persistant dans son refus, il s'expose à être poursuivi extraordinairement.

Par arrêt du 30 juillet 1698, rendu contre le lieutenant particulier de Châtillon-sur-Indre, le parlement de Paris a décidé qu'un juge ne pouvait interpeller lui-même le témoin sans en avoir été requis par l'accusé.

[[Aujourd'hui, « l'accusé ou son conseil » peut questionner le témoin par l'organe » du président, après sa déposition, et dire, » tant contre lui que contre son témoignage, » tout ce qu'il juge utile à sa défense ». Ce sont les termes de l'art. 319 du Code d'instruction criminelle.

Le même article ajoute : « le président » peut également demander au témoin et à » l'accusé, tous les éclaircissemens qu'il croit » nécessaires à la manifestation de la vérité. » Les juges, le procureur général et les jurés » ont la même faculté; en demandant la parole au président. La partie civile ne peut » faire de questions, soit au témoin, soit à » l'accusé, que par l'organe du président ».

Mais, suivant l'art. 325, « les témoins, » par quelque partie qu'ils soient produits, » ne peuvent jamais s'interpeller entre eux ».]]

Le silence de l'accusé ne doit pas le faire regarder comme coupable des faits sur lesquels on l'a interrogé : cependant ce silence peut être considéré comme une sorte d'indice contre lui, surtout lorsqu'il n'apporte aucune raison pour le justifier. (M. Guyot.) *

[[II. En matière civile, le défaut de réponse à une Interpellation faite en forme d'interrogatoire sur faits et articles, peut être pris pour l'aveu du fait qui est l'objet de cette Interpellation. (*V.* l'article *Interrogatoire sur faits et articles.*)

Mais, hors ce cas, il ne peut être considéré ni comme un aveu ni comme un désaveu : *qui tacet non utique fatetur; verum tamen est eum non negare*, dit la loi 142, D. *de regulis juris*. Et sur ce fondement, un arrêt du sénat de Chambéry, du mois de juillet 1593, rapporté par le président Favre, liv. 7, tit. 19, définit. 18, a déclaré nulle une sentence par laquelle un défendeur avait été condamné d'après le silence qu'il avait gardé sur des faits exposés par le demandeur, et sans qu'au préalable il lui eût été ordonné de les avouer ou dénier.

Voici néanmoins une espèce dans laquelle il a été jugé que ce refus forme, contre son auteur, un commencement de preuve par écrit.

Le 16 vendémiaire an 10 (8 octobre 1802), le sieur Monnier fait assigner la veuve Bardon en reconnaissance de l'écriture et de la signature d'un billet du 1er. juillet 1772, *visé pour valoir timbre*, le 14 vendémiaire an 10, et portant promesse « de payer une » somme de 6000 livres, *valeur reçue comptant* ».

La veuve Bardon reconnaît son écriture et sa signature; mais elle soutient que le billet lui a été surpris, et que Monnier n'en a pas fourni les fonds.

Peu de temps après, elle cite Monnier devant le bureau de paix d'Uzès, avec sommation de représenter le billet, « pour par » elle en prendre vision, et faire sur le con» texte les observations qu'elle avisera ».

Monnier comparaît et déclare que, le billet étant entre les mains de son avoué, il ne peut pas le représenter.

La dame Bardon met en fait « que, vers » l'année 1772, Monnier la recherchait en » mariage; que ses vues étaient contrariées » par la dame Gibert (mère de la dame Bar» don), et par l'abbé Gibert, son oncle; que » dans ces circonstances, et pour s'assurer » la main de la demoiselle Gibert, il l'avait » déterminée à lui souscrire un billet de » 6000 livres; que ce billet n'avait été qu'une » sorte de dédit, qu'une garantie que la de» moiselle Gibert, éprise de Monnier, lui » avait donnée de sa foi; que l'engagement » qui s'était formé entre Monnier et la de» moiselle Gibert, ayant été rompu par lui, » son mariage ayant précédé celui de son » amante, elle lui avait fait demander la » restitution de son billet de dédit, devenu » inutile; que le curé d'Ossan avait été chargé » de cette mission; que Monnier avait ré» pondu qu'il avait déchiré le billet; qu'avant » et depuis le mariage de la demoiselle Gi» bert, il n'avait jamais parlé de cette » créance, ni réclamé d'intérêts; que même » il avait plusieurs fois acheté à la demoiselle » Gibert, femme Bardon, diverses marchan» dises qu'il avait constamment payées comp» tant, sans offrir de compensation; que ce » n'est que près de trente ans après la date » de ce billet, et après avoir déclaré plu-

» sieurs fois qu'il l'avait supprimé, qu'il s'est » avisé de le faire valoir; enfin, qu'il s'est » vanté qu'il ne réclamait le paiement de ce » billet que par esprit de vengeance, et pour » se dédommager de la succession d'un de ses » parens qui avait été dévolue à la veuve » Bardon ».

Après avoir articulé ces faits, la dame Bardon interpelle le sieur Monnier d'y répondre, et proteste *qu'elle tirera de son refus les inductions de droit.* Le sieur Monnier répond *qu'il n'a aucune explication à donner sur ces faits.*

En conséquence, procès-verbal de non-conciliation; et l'affaire est portée devant le tribunal de première instance d'Uzès, où il intervient un jugement qui condamne la dame Bardon au paiement du billet.

Sur l'appel, la dame Bardon fait interroger le sieur Monnier sur les faits et articles énoncés dans le procès-verbal du bureau de paix. Le sieur Monnier oppose à ces faits une dénégation absolue. La dame Bardon demande à prouver ces faits par témoins. Le sieur Monnier soutient que ce genre de preuve est inadmissible.

Par arrêt du 18 prairial an 13,

« Considérant que toutes les probabilités se réunissent en faveur des allégations de la dame Bardon; que s'agissant de combattre la foi due à un acte, quoique privé, on ne doit pas négliger, quelque puissante que paraisse une preuve conjecturale, d'y joindre la preuve directe offerte par la partie réclamante elle-même;

» Que, dans l'espèce, les faits de captation, fraude, feintise et simulation, allégués par l'appelante, suffisent pour faire admettre la preuve testimoniale; que la preuve de la *fausse cause,* reprochée à l'obligation, peut aussi se faire par témoins;

» Que, s'il fallait, outre ces circonstances, un *commencement de preuve par écrit,* il s'en trouverait un aussi frappant qu'authentique dans le procès-verbal de non-conciliation, où l'intimé interpellé, avec protestation de tirer du refus de répondre les inductions de droit, sur des articles tombant directement sur le fait de la fausse cause et de la simulation, a refusé absolument toute espèce de réponse et d'explication devant un tribunal, pour ainsi dire, domestique, et que la loi a principalement établi dans la vue de recueillir, dans les premiers momens de contestation, où elle espère que la conscience n'est point encore endurcie, des aveux, des dénis, ou des explications propres à éclairer la justice »;

La Cour d'appel de Nîmes autorise la dame Bardon à prouver par témoins les faits qu'elle articule, sauf la preuve contraire.

Et sur le vu des enquêtes faites en conséquence, arrêt définitif du 19 août 1806, qui reconnaît pour constantes les allégations de la dame Bardon, infirme le jugement du tribunal d'Uzès, et déboute le sieur Monnier de sa demande en paiement du billet de 6,000 livres.

Le sieur Monnier se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts.

« Induire (dit-il) un commencement de preuve par écrit de mon simple refus de m'expliquer devant le bureau de paix, sur les faits articulés par mon adversaire, c'est confondre toutes les idées, c'est méconnaître tous les principes.

» Jamais le refus d'une personne de s'expliquer sur un fait quelconque, n'a pu valoir de sa part aveu ou dénégation de ce fait. Admettre qu'un pareil refus fournit la preuve, ou seulement donne fondement à quelque conjecture de l'existence ou de non-existence de ce fait, c'est soutenir que de rien il peut résulter quelque chose. Le commencement de preuve par écrit ne peut résulter que d'une *déclaration effective* faite par la partie dans un écrit *émané d'elle.* Ce principe que la raison seule enseigne, est celui qui, de tout temps, a servi de base à la jurisprudence en cette matière.

» Aussi, sur l'art. 3 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, le judicieux commentateur Jousse dit-il : *Il faut que le commencement de preuve par écrit soit de la partie contre laquelle on demande à faire la preuve, et non d'autres personnes : autrement, il serait facile d'éluder l'ordonnance; car, pour se ménager une preuve en pareil cas, il suffirait de faire faire un écrit par un tiers où il serait fait mention de la convention qu'on veut prouver; ce qui serait d'une conséquence dangereuse.*

» C'est dans cet esprit qu'a été rédigé le Code civil. Deux articles de ce Code sont consacrés à déterminer ce qu'on doit entendre par *commencement de preuve par écrit.* L'art. 324, relatif à la preuve testimoniale en matière d'état, déclare que *le commencement de preuve par écrit résulte des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics et même privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante.* L'art. 1347, plus spécialement applicatif aux obligations, dit : *commencement de preuve par écrit, tout acte*

par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée *ou de celui qui le représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.*

» Le procès-verbal de non conciliation est-il un écrit *émané* de Monnier qui rende le fait vraisemblable ? Non. Cet acte non émané de Monnier ne contient que son refus de parler, ne fait qu'attester qu'il n'a rien dit et qu'il n'a rien voulu dire. Ne rien dire, est-ce faire une déclaration ? Le néant devra-t-il être réputé quelque chose »?

Par arrêt du 9 février 1808, au rapport de M. Lachèze,

« Attendu que la disposition de l'art. 2 du tit. 20 de l'ordonnance de 1667, ne reçoit point d'application aux faits de simulation; que l'art. 3 du même titre excepte aussi de la disposition générale dudit article, le cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit, lequel, n'ayant pas été défini par la loi, a été abandonné à l'appréciation des juges;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

Au surplus, *V.* l'article *Sommation*, n°. 4.]]

* INTERPRÉTATION. C'est l'explication d'une chose qui paraît obscure ou ambiguë.

I. Il y a des actes dont on étend les dispositions par des Interprétations favorables, tels que les testamens et autres actes de dernière volonté.

[[Cette règle n'est cependant pas sans exception. *V.* l'article *Legs*, sect. 4, §. 1, n°. 4.]]

Il est d'autres actes, tels que les contrats et les donations entre-vifs, où l'on s'attache plus à la lettre : ou bien si l'on est forcé d'en venir à l'Interprétation de quelque clause, elle se fait contre ceux qui ne se sont pas expliqués assez clairement, *in quorum fuit potestate legem apertiùs dicere.* [[*V.* l'article *Convention*, §. 7.]]

II. En matière criminelle, l'Interprétation des faits et des actes se fait toujours à la décharge de l'accusé.

III. On est quelquefois obligé d'interpréter certaines lois, soit parceque les législateurs n'ont pas prévu tous les cas qui se rencontrent, ou parceque les termes de la loi présentent différens sens.

Il y a bien une maxime qui veut qu'on ne distingue point où la loi n'a pas distingué; mais s'entend en ce sens qu'on ne doit pas mettre d'exception à la loi, sans une raison particulière tirée de la loi même ou du motif sur lequel elle est fondée.

C'est dans l'esprit de la loi qu'on doit en chercher l'Interprétation.

Si la disposition est contraire au droit commun, elle ne doit recevoir d'extension ni d'un cas à un autre, ni d'une personne à une autre, ni d'une chose à une autre.

C'est au législateur qu'il appartient naturellement d'Interpréter la loi : *ejus est legem interpretari cujus est legem condere.* C'est une maxime tirée du droit romain. *Quis enim* (disait l'empereur Justinien, dans la loi 12, C. *de legibus*) *legum ænigmata solvere et aperire idoneus esse videbitur, nisi is cui legislatorem esse concessum est?*

En France, nos rois se sont toujours réservé l'Interprétation de leurs ordonnances.

Charlemagne, ayant trouvé la loi des Lombards défectueuse en plusieurs points, la réforma en 801, et ajouta que, dans les choses douteuses, il voulait que les juges eussent recours à son autorité, sans qu'il leur fût permis de les décider suivant leur caprice.

L'ordonnance de 1667, tit. 1, art. 3, veut que, si, par la suite du temps, usage et expérience, quelques articles de cette ordonnance se trouvaient contre l'utilité ou commodité publique, ou être sujets à *Interprétation*, déclaration ou modération, les cours puissent en tout temps représenter au roi ce qu'elles jugeront à propos, sans que, sous ce prétexte, l'exécution puisse en être surse.

L'art. 7 du même titre porte que, si dans le jugement des procès qui seront pendans aux parlemens ou autres cours, il survient quelque doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles des ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, sa majesté défend aux cours de les *interpréter*, mais veut qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers elle pour apprendre son intention.

Il résulte de cet article, que les cours même ne peuvent *interpréter* la loi, lorsqu'il s'agit de le faire contre les termes et le sens évident de la loi.

Mais, quand l'Interprétation peut se tirer de la loi même, et qu'elle n'a rien de contraire à la loi, les cours sont en possession de la faire sous le bon plaisir de sa majesté.

Ce pouvoir d'*interpréter* les lois est, selon quelques auteurs, une prérogative qui n'appartient qu'aux juges souverains, lesquels représentent la personne du roi, *et vice sacrâ principis judicant;* et d'après cette opinion, les juges inférieurs sont obligés de se conformer à la lettre de la loi, ou de se retirer par-devers M. le chancelier, pour savoir quelle est l'intention du roi.

[[Mais cette opinion ne roulait, même sous l'ancien régime, que sur une équivoque. Sans

contredit, les cours souveraines pouvaient seules interpréter les lois par des arrêts de réglement; encore ne le faisaient-elles que sous le bon plaisir du monarque, qui même le leur avait défendu, comme on vient de le voir par l'ordonnance de 1667. Mais les juges inférieurs pouvaient alors, comme ils le peuvent encore aujourd'hui, dans l'obscurité d'une loi, adopter celui de ses deux sens qui leur paraissait le plus conforme à son esprit; et jamais leurs sentences, lorsqu'elles avaient bien jugé à cet égard, n'ont été annulées sous prétexte d'incompétence ou d'excès de pouvoir.

On voit, par cette distinction, dans quel sens l'art. 12 du tit. 2, de la loi du 24 août 1790, en défendant aux juges *de faire des règlemens*, leur enjoignait de s'adresser « au » corps législatif, toutes les fois qu'ils croi» raient nécessaire, soit d'*interpréter une* » *loi*, soit d'en faire une nouvelle ». Il est clair que, par cette disposition, il n'y avait d'interdit aux juges que l'*Interprétation réglementaire* des lois.

C'est dans le même sens que, par le projet de l'art. 5 du Code civil, il était dit : « Il » est défendu aux juges d'interpréter les » lois par voie de disposition générale et ré» glementaire ».

Mais, dans la discussion de ce projet au Conseil d'état, il s'est élevé des difficultés dont le procès-verbal nous présente en ces termes l'analyse et le résultat :

« Le Ministre de la justice dit qu'il y a deux sortes d'*Interprétations*, celle de *législation* et celle de *doctrine;* que cette dernière appartient essentiellement aux tribunaux; que la première est celle qui leur est interdite; que, lorsqu'il est défendu aux juges d'*interpréter*, il est évident que c'est de l'*Interprétation législative* qu'il s'agit. Il cite l'art. 7 du tit. 1er. de l'ordonnance de 1667, qui défend aux juges d'*interpréter les ordonnances*. Il en conclud que, le sens de ce mot étant fixé, il n'y a aucun inconvénient à l'employer.

» M. Tronchet dit que l'on a abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'Assemblée constituante d'interpréter les lois, et de réglementer. Cette défense n'avait pour objet que d'empêcher les tribunaux d'exercer une partie du pouvoir législatif, comme l'avaient fait les anciennes cours, en fixant le sens des lois par des Interprétations abstraites et générales, ou en les suppléant par des arrêts de règlement. Mais pour éviter l'abus qu'on en a fait, il faut laisser au juge l'Interprétation sans laquelle il ne peut exercer son ministère. En effet, les contestations civiles portent sur le sens différent que chacune des parties prête à la loi : ce n'est donc pas par une loi nouvelle, mais par l'opinion du juge, que la cause doit être décidée. On craint que les juges n'abusent de ce principe pour juger contre le texte de la loi : s'ils se le permettaient, le tribunal de cassation anéantirait leurs jugemens. Au reste, pour ne pas laisser d'équivoque, on pourrait rédiger ainsi : *il est défendu aux tribunaux de prononcer, par voie de disposition générale et règlementaire, sur les causes qui sont portées devant eux* ».

Et c'est en ces termes qu'a été adopté l'article dont il s'agit.

Mais à quelle autorité appartient aujourd'hui l'Interprétation réglementaire des lois, et quel est l'effet des décisions interprétatives qui émanent de cette autorité?

On a déjà vu que, conformément aux textes du droit romain et de l'ordonnance de 1667 qui n'attribuaient qu'au législateur l'Interprétation réglementaire des lois, l'assemblée constituante avait, en ôtant au roi le pouvoir législatif, décidé que les lois ne pourraient plus désormais être interprétées que par la législature.

De là cette disposition de la loi du 27 novembre 1790, institutive de la cour de cassation, par laquelle il était dit que, lorsque, sur une même affaire, il aurait été rendu par des tribunaux différens, deux jugemens en dernier ressort, qui auraient été successivement cassés, et qu'un troisième tribunal, saisi de la connaissance du fond par le renvoi que le second arrêt de cassation lui en aurait fait, aurait jugé de la même manière que les deux premiers, « la question ne pourrait plus être » agitée au tribunal de cassation, qu'elle » n'eût été soumise au corps législatif qui, » en ce cas, porterait un *décret déclaratoire* » *de la loi;* et que, lorsque ce décret aurait » été sanctionné par le roi, le tribunal de » cassation y conformerait son jugement ».

L'art. 260 de l'acte constitutionnel du 5 fructidor an 3 maintint le fond de cette disposition; mais il y fit, quant à son application, un changement notable : il voulut que, dès la première fois qu'un jugement conforme à un jugement déjà cassé, serait attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question fût soumise au corps législatif.

A ce mode de procéder, l'art. 78 de la loi du 27 ventôse an 8, qui réorganisa la cour de cassation, en substitua un autre qui consistait à faire porter devant les trois sections réunies

de cette cour, la question sur laquelle un second jugement attaqué par les mêmes moyens que le premier, se trouvait contraire à un arrêt de cassation.

Cette loi ne disait point ce que deviendrait l'affaire, si la cour de cassation annulait le second jugement, et que le troisième fût encore attaqué par les mêmes moyens que le premier.

Il paraissait tout naturel de revenir, en ce cas, à ce qui avait été réglé par la loi du 27 novembre 1790, et par conséquent de s'adresser au corps législatif.

L'acte constitutionnel du 22 frimaire an 8 n'y mettait point d'obstacle.

Il associait bien le gouvernement au pouvoir législatif, en lui attribuant (art. 44) la proposition des lois; mais il ne lui conférait point le droit de les interpréter de sa seule autorité.

Il instituait bien (art. 55) *un conseil d'état chargé de rédiger les projets de loi et les règlemens d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'éleveraient en matière administrative;* mais, par-là même, il limitait à la matière administrative le pouvoir d'Interprétation qu'il lui attribuait; et il laissait la matière judiciaire sous l'empire de la règle générale, *ejus est interpretari cujus est condere.*

Mais il renfermait (art. 21 et 28) d'autres dispositions d'après lesquelles il n'appartenait qu'au sénat d'annuler, pour inconstitutionnalité, les actes qui émaneraient du gouvernement; et de là suivait nécessairement la conséquence que, du moment que le sénat laissait subsister les actes du gouvernement qui empiétaient sur le pouvoir législatif, ces actes n'en étaient pas moins obligatoires que s'ils eussent été parfaitement constitutionnels.

Ce fut là le germe de l'innovation qui s'opéra bientôt dans l'exercice du droit d'interpréter les lois.

Dès le 5 nivôse an 8, le gouvernement fit, pour l'organisation du conseil d'état, un règlement dont l'art. 11 portait : *Le conseil d'état développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les consuls, des questions qui leur ont été présentées;* et cet article, qui rendait commun à toutes les lois le pouvoir d'Interprétation que l'acte constitutionnel avait restreint aux lois rendues en matière administrative, n'ayant éprouvé aucune contradiction de la part du sénat, le conseil d'état, ou plutôt le gouvernement, sans l'approbation duquel les décisions du conseil d'état n'avaient aucune force, se trouva dès lors en possession de la plénitude de ce pouvoir.

Aussi, la cour de cassation qui, par un arrêt du 1er. floréal an 10, avait déjà reconnu le principe que les actes du gouvernement non annulés par le sénat pour inconstitutionnalité, liaient les tribunaux ni plus ni moins que les lois, cassa-t-elle, le 30 pluviôse an 13 et le 22 mars 1806, deux arrêts des cours d'appel de Paris et d'Orléans qui, dans l'application des lois relatives au divorce, n'avaient eu aucun égard à l'interprétation donnée à ces lois par un avis du conseil d'état, du 11 prairial an 12, approuvé le 18 du même mois (1).

C'était le gouvernement qui avait provoqué cet avis de son propre mouvement. Il n'est donc pas vrai, comme on l'a dit dans un ouvrage d'ailleurs justement estimé (2), qu'à cette époque, le gouvernement se croyait encore obligé de s'adresser au corps législatif, *lorsqu'il jugeait, de son propre mouvement, qu'il était nécessaire d'interpréter une loi;* et c'est par inattention que l'on en a cité pour exemple les deux lois du 3 septembre 1807 concernant, l'une le mode d'inscription des créances hypothécaires exigibles ou non exigibles, l'autre les inscriptions à prendre en vertu de jugemens rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing-privé non échues; car ces deux lois ne sont rien moins qu'*interprétatives* dans le sens propre de ce mot. La première, il est vrai, fait entendre très-clairement qu'aux termes de la loi du 11 brumaire an 7 et de l'art. 2148 du Code civil, l'indication de l'époque de l'exigibilité de la créance hypothécaire est de rigueur pour la validité de l'inscription; mais son objet principal n'est point de déclarer que tel est le sens de ces articles; c'est uniquement d'accorder à ceux qui ont pris antérieurement des inscriptions dans lesquelles ils ont omis cette formalité, un délai de six mois pour les rectifier. Quant à la seconde, elle ne fait que remettre en vigueur et rendre applicable à toutes les matières, commerciales ou non, la disposition de la déclaration du 2 janvier 1717, abrogée par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an 7 (3), qui défendait de prendre hypothèque en vertu d'obligations sous seing-privé, mais *commerciales seulement*, avant leur échéance.

(1) *V.* l'article *Divorce*, sect. 4, §. 10.

(2) M. *Toullier*, Droit civil français, titre préliminaire, n°. 138.

(3) *V.* les conclusions et l'arrêt de la cour de cassation, du 6 avril 1809, rapportées dans le *Recueil alphabétique de Questions de droit*, au mot *Hypothèque*, §. 16.

Il n'y eut donc pas innovation à ce qui se pratiquait alors, mais seulement approbation implicite de la possession dans laquelle était alors le gouvernement d'interpréter lui-même les lois, quand, par la loi du 16 du même mois de septembre 1807, le corps législatif de ce temps-là, faible, muet et réduit à voter par oui et par non sur les propositions du gouvernement, consentit à se dépouiller, pour le cas spécial qu'elle déterminait, du pouvoir d'Interprétation règlementaire qui formait une partie essentielle de ses attributions innées.

En renouvelant la disposition de celle du 27 novembre 1790, relative au cas où la contrariété de trois jugemens en dernier ressort à deux arrêts successifs de cassation dans la même affaire, avertirait que la loi était obscure et que l'Interprétation en devenait nécessaire, cette loi y apporta (art. 2) l'importante modification, que *l'Interprétation serait donnée dans la forme des règlemens d'administration publique*, c'est-à-dire, par le gouvernement sur l'avis du conseil d'état; et cette modification fut motivée sur ce que « le droit d'Interprétation ne peut appartenir qu'à l'autorité qui a l'initiative de la loi, » et qui, chargée de la rédaction et proposition, connaît parfaitement l'esprit dans lequel toute loi est conçue (1) ».

On aurait pu répondre que, pour garantir au peuple français l'exactitude de l'Interprétation règlementaire, il ne suffisait pas que le gouvernement connût bien l'esprit dans lequel il avait rédigé une loi; qu'il fallait encore y joindre l'assurance légale qu'il l'interprétait suivant cet esprit, et que, par l'Interprétation qu'il lui donnait, il ne la restreignait pas dans des bornes trop étroites ou ne l'étendait pas au-delà de sa conception primitive; que cette assurance ne pouvait résulter que du concours de la législature à l'Interprétation; qu'ainsi, le mode d'Interprétation proposé était inconstitutionnel.

Mais cette réponse, on ne la fit point, parceque personne n'avait la parole pour la faire; et le projet de loi fut adopté.

Par là fut solennellement conféré au gouvernement le droit d'interpréter les lois, dans le cas où l'Interprétation en devenait nécessaire par la contrariété de trois jugemens en dernier ressort à deux arrêts de cassation rendus dans la même affaire et sur les mêmes moyens.

Et quoique la loi du 16 septembre 1807 n'eût été faite que pour ce cas, quoiqu'elle n'eût rien de commun avec les Interprétations données de propre mouvement, il n'en restait pas moins, pour faire respecter celle-ci, le principe que les actes du gouvernement, quelque inconstitutionnels qu'ils fussent, liaient les tribunaux par cela seul que le sénat n'en avait pas proclamé l'inconstitutionnalité.

Dans le fait, la cour de cassation n'hésita jamais, avant la restauration de 1814, à casser les jugemens en dernier ressort qui s'écartaient des Interprétations données de propre mouvement à des lois, soit par des décrets, soit par des avis du conseil d'état, revêtus de l'approbation du chef du gouvernement.

Elle alla même plusieurs fois, et notamment les 17 juillet 1811, 10 et 16 février 1813 (1), jusqu'à prendre pour base de ses arrêts de cassation, les principes déclaratoires du sens des lois qui servaient de motif à des décrets et des avis du conseil d'état, rendus administrativement sur des affaires particulières.

Mais c'était évidemment donner trop d'extension à la règle que les actes du gouvernement acquéraient force de loi par la non-déclaration de leur inconstitutionnalité de la part du sénat. Ces décrets, ces avis, quoiqu'insérés au bulletin officiel, n'étaient, à proprement parler, que des jugemens. Ils ne pouvaient donc servir qu'aux parties qui les avaient obtenus; et c'est ce que la cour de cassation a reconnu depuis implicitement en maintenant, sur mes conclusions, le 14 juillet 1814, un arrêt de la cour de Metz, du 10 février 1813, qui avait jugé en sens directement contraire aux motifs consignés dans des décrets rendus en matière contentieuse et publiés dans le bulletin des lois (2).

Quels changemens la restauration de 1814 a-t-elle apportés à tout cela?

Cette question en renferme trois :

1°. Les Interprétations données de propre mouvement à des lois, soit par des décrets du chef du précédent gouvernement, soit par des avis de son conseil d'état revêtus de son approbation, sont-elles encore obligatoires pour les tribunaux?

2°. Les tribunaux seraient-ils aujourd'hui tenus de régler leurs jugemens sur des ordonnances du roi qui, de propre mouvement, interpréteraient des lois?

---

(1) *V.* l'article *Cassation*, §. 7, n°. 3.

(1) *V.* l'article *Rente seigneuriale*, §. 2, no. 6.
(2) *Ibid.* no. 6 *bis*.

3°. L'attribution que la loi du 16 septembre 1807 confère au gouvernement du pouvoir d'interpréter les lois, dans le cas déterminé par cette loi même, subsiste-t-elle encore?

Sur la première question, un arrêt de la cour royale de Douai, du 30 octobre 1819, avait adopté la négative, sur le fondement « que les décrets n'avaient d'autorité, *comme* » *les ordonnances sous la charte*, que pour » l'exécution des lois : et que, si l'ancien » gouvernement a outrepassé et abusé de » cette autorité, cet abus a cessé avec lui ».

Mais cet arrêt a été cassé, le 3 février 1820, attendu « que les actes du gouverne- » ment qui ont précédé la restauration du » trône, et qui ont été exécutés comme des » lois sans opposition des pouvoirs qui avaient » le droit de juger s'ils renfermaient une » usurpation législative, doivent conserver » le même caractère et la même force d'exé- » cution, jusqu'à ce qu'ils aient été légale- » ment révoqués ou modifiés, à moins qu'ils » ne se trouvassent anéantis par un texte » précis de la charte constitutionnelle; que » les tribunaux qui ne participent point aux » pouvoirs politiques, n'en peuvent exercer » les attributions (1) ».

La seconde question est préjugée par l'arrêt de la cour royale de Douai que l'on vient de rappeler. En plaçant les décrets antérieurs à la charte constitutionnelle, sur la même ligne que les *ordonnances sous la charte*, et en disant qu'ils n'ont, comme celle-ci, *l'autorité que pour l'exécution des lois*, il fait clairement entendre que les ordonnances seraient sans autorité sous la charte, si elles contenaient des dispositions législatives. Or, d'une part, la cour de cassation ne l'a pas improuvé sur ce point; de l'autre, on ne peut nier que l'Interprétation réglementaire des lois ne soit un acte législatif. Cet arrêt décide donc implicitement que les ordonnances seraient sans autorité, si, de propre mouvement, elles interprétaient des lois; et M. Toullier n'hésite pas à dire qu'elles seraient *un empiétement sur le pouvoir législatif* (2); ce qui signifie assez clairement qu'elles ne seraient pas obligatoires pour les juges.

En effet, on a déjà vu que les décrets du dernier gouvernement n'étaient obligatoires pour les tribunaux, que parcequ'il existait alors un pouvoir qui avait le droit, et pour qui c'était un devoir, d'annuler les actes de ce gouvernement qu'il trouvait attentatoires à la constitution; et que, lorsqu'il n'exerçait pas ce droit, lorsqu'il ne remplissait pas ce devoir, nul n'avait qualité pour dénier aux actes législatifs de ce gouvernement le caractère et la force de lois. Or, cette raison est évidemment inapplicable aux ordonnances royales.

Ici revient ce que disait M. de Serre, garde-des-sceaux et ministre de la justice, à la séance de la chambre des députés, du 25 janvier 1819, au sujet d'une pétition par laquelle des créanciers de l'état qu'un décret du 23 décembre 1810 avait, par une disposition générale et législative, déclarés déchus de leurs créances, se plaignaient du rejet que le conseil d'état avait fait de leur demande en rapport de ce décret.

« On parle (ce sont les termes du ministre) » du pouvoir qu'auraient eu, ou le conseil » d'état, ou les ministres du roi, de proposer » à sa majesté le rapport du décret dont il » s'agit; or, ni l'un ni les autres n'en avaient » le pouvoir. Antérieurement à la charte, il » était incontestable que le pouvoir existant » avait fait des empiétemens nombreux sur » le domaine législatif. Il y avait des points » réglés par des discussions du conseil d'état » et des décrets; nul doute qu'aujourd'hui » ces points réglés légalement par des dé- » crets, ne peuvent être révoqués par des » ordonnances. Ces points appartiennent au » domaine de la loi. Il n'y a que le concours » des trois branches législatives qui puisse » rectifier ce qui a été fait antérieurement » à la charte, par celui qui exerçait le pouvoir » exécutif et qui a fait de nombreux empié- » temens sur le pouvoir législatif. S'il en » était autrement, il en résulterait qu'on » ferait passer dans le domaine exécutif ce » qui est du domaine législatif, et que le roi » disposerait seul des matières sur lesquelles, » d'après la charte, il ne peut disposer qu'a- » vec le concours des chambres (1) ».

La troisième question se résout d'un seul mot. La loi du 16 septembre 1807 n'a été ni révoquée ni modifiée par aucune loi postérieure; elle subsiste donc encore. Eh! comment ne subsisterait-elle plus? Elle est manifestement comprise dans l'art. 68 de la charte constitutionnelle, qui maintient *les lois actuellement existantes, jusqu'à ce qu'il y ait été dérogé.*

(1) Bulletin criminel de la cour de cassation, tome 25, page 53.

(2) Droit civil français, titre préliminaire, n°. 141.

(1) Moniteur du 20 janvier 1819.

A la vérité, il a été fait à la séance de la chambre des députés, du 4 août 1814, une proposition tendante à ce que le roi fût supplié de présenter un projet de loi portant que, dans le cas prévu par la loi du 16 septembre 1807, *la déclaration interprétative des lois* serait donnée par le pouvoir législatif, *dans la forme ordinaire des lois* (1).

A la vérité, cette proposition a été, le même jour, prise en considération, et elle a été définitivement adoptée le 2 septembre de la même année (2).

A la vérité, cette proposition, communiquée à la chambre des pairs, y a été approuvée le 11 octobre suivant (3).

Mais le gouvernement n'a pas encore jugé à propos de présenter le projet de loi qu'elle avait pour objet. La loi du 16 septembre 1807 conserve donc encore toute son autorité. (*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Interprétation de loi*).

IV. Quant à la manière dont les lois doivent être interprétées par les juges, *V.* l'article *Loi*, §. 10.]]

V. Lorsqu'il y a contrariété entre deux arrêts rendus dans deux tribunaux, entre les mêmes personnes et pour raison du même fait, on peut se pourvoir en Interprétation au grand-conseil.

[[Depuis que le grand-conseil est supprimé, on ne peut plus prendre, en pareil cas, d'autre voie que celle du recours en casation. *V.* l'art. 504 du Code de procédure civile, et le mot *Cassation*, §. 2.]]

Mais, si les deux arrêts sont émanés du même tribunal, ou que, dans un arrêt, il se trouve des dispositions qui paraissent contraires les unes aux autres, on ne peut pas se pourvoir contre de tels arrêts par simple requête en Interprétation : c'est le cas de se pourvoir par requête civile, suivant l'ordonnance de 1667; et la déclaration du 21 avril 1671 défend aux parties de se pourvoir contre les arrêts par requête en Interprétation, et aux cours de rétracter les arrêts, et d'en changer les dispositions par manière d'Interprétation ou autre voie.

Cependant, s'il ne s'agissait que d'expliquer quelque disposition, et de suppléer quelque chose sur quoi l'arrêt aurait omis de prononcer, sans toucher à ce qui est porté par l'arrêt, ni rien ordonner de contraire, on pourrait se pourvoir par simple requête; et les cours pourraient ainsi statuer sur ce qui leur serait demandé, de même que le feraient des juges inférieurs, lesquels, après avoir rendu leur jugement, ne peuvent plus le changer, mais bien statuer sur les nouveaux incidens que l'exécution du jugement fait naître. (M. Guyot.) *

[[L'ordonnance civile de Lorraine, de 1707, permettait aux parties, tit. 23, art. 26, de se pourvoir en Interprétation des arrêts qui avaient été rendus pour ou contre elles. Il n'y avait pour cela aucun délai fatal; et cette voie était encore ouverte après la requête civile. Mais les juges ne pouvaient pas, sous le prétexte qu'ils étaient saisis d'une demande en Interprétation, corriger, modifier ou réformer le jugement qui était l'objet de cette demande. Ces trois points ont été, les deux premiers reconnus, et le troisième consacré formellement, par un arrêt de la cour de cassation du 30 messidor an 11. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Interprétation de jugement.*

Peut-on, par une simple requête en Interprétation d'un arrêt de la cour de cassation, demander l'annullation de jugemens que l'on présente comme ayant faussement interprété cet arrêt?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 2 prairial an 12, rapportés à l'article *Incompétence*, n°. 2.]]

INTERPRÈTE. C'est celui qui interprète, qui traduit d'une langue dans une autre.

* I. Ce mot est dérivé du latin *Interpres*, *interpretari.*

Isidore croit qu'*Interpres* est composé de la préposition *inter* et de *partes*, parceque l'Interprète tient, pour ainsi dire, le milieu entre deux personnes qui ne pourraient pas s'entendre, et se communiquer sans son secours.

D'autres étymologistes prétendent qu'Interprète vient d'*inter* et de *præs*, *id est*, *fide-jussor*, celui qui se porte pour caution entre deux personnes qui ne s'entendent pas, et pour chacune d'elles également envers l'autre.

Mais abandonnons les étymologistes et leur vaine discussion, pour nous occuper de la véritable signification du mot dans nos tribunaux.

II. On sent que, parmi le grand nombre d'accusés dont la conduite est soumise, chaque année, à l'examen des magistrats et à la censure des lois, il est impossible qu'il n'y en ait pas d'étrangers, absolument incapables d'entendre la langue française, et par conséquent de comprendre les questions de

(1) Moniteur du 5 août 1814.

(2) Moniteur du 25 septembre 1814.

(3) Procès-verbal des séances de la chambre des Pairs, session de 1814, tome 2, page 618.

leurs juges. Il y a même des provinces dont les habitans de la classe inférieure n'entendraient pas le langage de leurs compatriotes, habitans d'une province voisine. Un villageois bas-breton, par exemple, aurait autant de peine à se faire entendre à Paris, qu'il en aurait à comprendre l'idiome parisien. Les juges et les greffiers ne peuvent pas être versés dans la connaissance de toutes les langues : il faut donc nécessairement qu'ils appellent à leur secours, quand les circonstances l'exigent, un homme qui puisse transmettre leurs idées, leurs questions à celui qui a intérêt d'y répondre et, *vice versâ*, leur transmettre la défense de l'accusé.

Si ce moyen de communication manquait, le cours de la justice serait fréquemment interrompu. Les lois pourraient être impunément violées par tout étranger, et par quiconque prétendrait l'être; ou, pour assurer leur vengeance, il faudrait mépriser toutes les formes, et, ce qui serait atroce, condamner un accusé sans l'avoir entendu.

Dans les pays de droit écrit, les procès criminels s'instruisaient autrefois en latin; mais, par l'ordonnance de Louis XII, donnée à Lyon au mois de juin 1510, art. 47, il fut dit : *afin que les témoins entendent leurs dépositions, et les criminels les procès faits contre eux, les enquêtes, en quelque matière que ce soit, seront faites en vulgaire langage du pays où seront faits lesdits procès criminels et enquêtes; autrement, ne seront d'aucun effet et valeur.*

C'était un acheminement à l'usage qui se pratique aujourd'hui ; mais cette disposition était encore très-imparfaite, en ce qu'elle ne supposait aux différens juges du royaume, que des justiciables d'un même pays et d'un même langage. Cependant, on la retrouve à peu près dans les mêmes termes à l'art. 56 de l'ordonnance de François Ier, donnée à Ys-sur-Thille, en octobre 1535 pour la Provence : « Pour obvier (porte cet article) aux abus et » inconvéniens qui sont par ci-devant advenus, au moyen de ce que les juges de notredit pays de Provence ont fait les procès » criminels dudit pays en latin, et toutes » enquêtes pareillement, avons ordonné et » ordonnons, afin que les témoins entendent » mieux leurs dépositions, et les criminels » les procès faits contre eux, que dorénavant » les procès criminels et lesdites enquêtes, en » quelque matière que ce soit, seront faits en » français, ou à tout le moins en vulgaire » du pays où seront faits lesdits procès criminels et enquêtes, autrement ne seront » d'aucun effet ni valeur ».

Lart. 111 de l'ordonnance du même prince, donnée à Villers-Cotterets, en 1539, statua « que dorénavant tous arrêts, ensemble toutes autres procédures, tant des cours » souveraines qu'inférieures, registres, enquêtes, contrats, commissions, sentences, » testamens, et autres quelconques, acte ou » exploits de justice, seraient prononcés, enregistrés et délivrés en langage français, » et non autrement ».

Les procédures en langage vulgaire du pays furent donc absolument abolies par cet article; mais comment en usait-on, non-seulement à l'égard des étrangers, mais même à l'égard des nationaux qui n'entendaient pas l'idiome des villes? C'est ce qu'on ignore.

Enfin, l'art. 11 du tit. 14 de l'ordonnance de 1670 a déterminé irrévocablement la manière dont on devait procéder à l'égard des uns et des autres : « Si l'accusé n'entend pas » la langue française, l'Interprète ordinaire, » ou s'il n'y en a point, celui qui sera nommé » d'office par le juge, après avoir prêté serment, expliquera à l'accusé les interrogatoires qui lui seront faits par le juge, et aux » juges les réponses de l'accusé; et sera le » tout écrit en langue française, signé par le » juge, l'Interprète et l'accusé, sinon mention » sera faite de leur refus de signer ».

La formalité du serment, de la part de l'Interprète, est de toute rigueur; car si le juge ne l'avait pas reçu, ou s'il négligeait d'en faire mention, l'interrogatoire serait nul, comme si l'accusé même ne l'avait point prêté.

La manière de procéder à l'interrogatoire d'un étranger, est la même qu'envers un Français, avec cette différence seulement que chacune de ses réponses doit être précédée de ces mots : *a répondu par la bouche de son Interprète.*

L'Interprète doit également assister l'accusé aux confrontations, au récolement sur ses interrogatoires, et aux confrontations respectives, s'il y a lieu ; il doit en un mot être son organe et celui du juge dans tous les actes de la procédure. (M. Boucher d'Argis, fils.)*

* III. On doit aussi employer le ministère d'un Interprète, à l'égard des témoins assignés pour déposer, lorsqu'ils n'entendent pas la langue française. C'est ce qui résulte d'un arrêt du parlement de Paris, du 20 février 1696, lequel « enjoint au lieutenant général de » l'amirauté de Dunkerque de nommer d'office, aux témoins qui n'entendent point la » langue, un Interprète auquel il fera, par un » acte séparé, prêter serment de bien et fidèlement faire cette charge; et avant d'enten-

» dre les témoins en leurs dépositions, de » faire prêter serment à chaque déposition » aux témoins et à l'Interprète, de faire lec- » ture de la plainte à l'Interprète qui en ex- » pliquera les faits aux témoins, et ensuite » de faire rédiger la déposition suivant » qu'elle lui sera récitée par l'Interprète, » sur l'interprétation par lui tirée du témoin ; » et à la fin de chaque déposition, de faire » signer les témoins et l'Interprète, et d'ob- » server les mêmes formalités au récolement » et à la confrontation, et du tout en faire » mention tout au long, dans chacun des- » dits actes ; comme aussi de faire lecture à » chaque confrontation du récolement du » témoin, à peine de nullité et d'interdic- » tion ». (M. Guyot.)*

[[IV. Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4 contenait, sur cette matière, les dispositions suivantes :

« Art. 368. Dans le cas où l'accusé, les témoins ou l'un deux, ne parleraient pas la même langue ou le même idiome, le président du tribunal criminel nomme d'office un Interprète âgé de vingt-cinq ans au moins, et lui fait promettre de traduire fidèlement, et suivant sa conscience, les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différens.

» L'accusé et l'accusateur public peuvent récuser l'Interprète en motivant leur récusation.

» Le tribunal juge les motifs.

» 369. L'Interprète peut, du consentement de l'accusé et de l'accusateur public, être pris parmi les témoins ou les jurés ».

Jacques Dewilde et Thomas Gay, demandeurs en cassation d'un arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Escaut, qui les condamnait à des peines afflictives, disaient, entre autres moyens, que l'art. 368 du Code des délits et des peines avait été violé, en ce que l'Interprète nommé pour traduire les dépositions des témoins qui ne parlaient pas la même langue que les jurés, n'avait prêté que le serment de traduire ces dépositions *fidèlement*, sans ajouter, *et suivant sa conscience.*

Mais, par arrêt du 16 avril 1807, au rapport de M. Vermeil, ce moyen a été rejeté, « attendu que si l'Interprète a prêté ser- » ment de traduire *fidèlement* les discours à » transmettre entre ceux qui parleraient un » langage différent, sans ajouter *suivant sa* » *conscience*, le vœu de l'art. 368 n'en a pas » moins été rempli, parceque la promesse » de traduire fidèlement contient implicite- » ment celle de traduire suivant sa cons- » cience ».

Joseph Gazan, dit Mussero, condamné à dix années de fers pour crime de vol, par arrêt de la cour de justice criminelle du département de Montenotte, du 28 novembre 1807, présentait contre cet arrêt un moyen de cassation ainsi conçu : « Le sieur Tissoni » a fait les fonctions de greffier et d'Inter- » prète, sans que l'accusé ait été interpellé, » en vertu de l'art. 369, s'il y consentait. » Cette réunion des deux fonctions de gref- » fier et d'Interprète est incompatible dans » une même personne. En effet, s'il en était » autrement, la loi en aurait fait mention ; » et l'art. 369 s'est borné à dire que l'Inter- » prète peut être pris parmi les témoins ou » les jurés ».

Mais, par arrêt du 22 janvier 1808, au rapport de M. Minier,

« Attendu que rien ne s'opposait à ce que le commis-greffier Tissoni fût choisi pour Interprète ; que la loi ne le défendant pas, cette mission pouvait lui être déléguée ; et que le condamné lui-même l'a tellement senti, que ni lui ni son défenseur ne se sont opposés à cette nomination ».

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. Les dispositions des art. 368 et 369 du Code du 3 brumaire an 4 sont à la fois renouvelées et modifiées, en ces termes, par l'art. 332 du Code d'instruction criminelle de 1808 :

« Dans le cas où l'accusé, les témoins ou l'un d'eux ne parleraient pas la langue et le même idiome, le président nommera d'office, à peine de nullité, un Interprète âgé de vingt-un ans au moins, et lui fera sous la même peine, prêter serment de traduire fidèlement les discours à transmettre entre ceux qui parlent des langages différens.

» L'accusé et le procureur général pourront récuser l'Interprète, en motivant leur récusation. La cour prononcera.

» L'Interprète ne pourra, à peine de nullité, même du consentement de l'accusé ni du procureur général, être pris parmi les témoins, les juges et les jurés ».

VI. Y a-t-il lieu à la nullité prononcée par la première disposition de cet article, lorsqu'un témoin déposant dans un *patois* que n'entend pas l'accusé, celui-ci s'en rapporte à l'explication que le président lui donne de la déposition de ce témoin ?

Pierre-Nicolas Denou était accusé d'un vol commis la nuit, et dans une maison habitée. L'affaire portée devant la cour d'assises du département de la Haute-Vienne, Marguerite Mazeaud, l'un des témoins à charge, fait sa déposition en patois. L'accusé, interpellé

d'y répondre, fait observer au président qu'il ne connaît point l'idiome de ce témoin, et déclare qu'il n'a aucune réponse à faire à une déposition qu'il n'entend pas. Le président lui explique d'abord en français cette déposition, et ensuite lui demande s'il veut qu'on lui nomme un Interprète. L'accusé répond qu'il n'a pas besoin d'Interprète, et qu'il tient pour suffisante l'explication qui vient de lui être donnée par le président. En conséquence, les débats se continuent et se terminent par un arrêt de condamnation.

Mais le condamné se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 22 février 1812, au rapport de M. Benvenutti,

« Vû l'art. 332 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que, d'après l'article ci-dessus cité, dès que Marguerite Mazeaud, un des témoins entendus aux débats, parlait un idiome qui n'était pas connu de l'accusé, le président aurait dû nommer d'office un Interprète; que le président, au lieu de nommer un Interprète a rendu lui-même en français la déposition faite oralement par ledit témoin; que, dès qu'il n'est pas permis, même du consentement de l'accusé, de prendre l'Interprète parmi les témoins, les juges et les jurés, la déclaration faite par l'accusé, que l'explication qui lui venait d'être donnée par le président, de la déposition de la susdite Marguerite Mazeaud en patois, était suffisante, et que la nomination d'un Interprète n'était pas nécessaire, n'a pu couvrir la nullité qui dérive de l'omission de nomination d'un Interprète faite en la forme voulue par la loi; qu'ainsi il y a eu violation manifeste du susdit art. 332;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

VII. Peut-on prendre pour Interprète un juré qui n'est pas compris dans le tableau des douze qui doivent prononcer sur l'accusation?

On a soutenu la négative dans une requête en cassation d'un arrêt de la cour d'assises du département du Haut-Rhin, qui avait condamné Jean Jacques Hotter et sa femme à cinq ans de travaux forcés.

Mais cette requête a été rejetée par arrêt du 19 juillet 1812, au rapport de M. Vasse, « attendu que l'Interprète nommé, aux termes » de l'art. 332, n'a point figuré au nombre » des jurés qui ont concouru à la déclaration » du jury ».

VIII. On trouvera sous le mot *Jury*, §. 1, no. 7, un arrêt du 2 du même mois, qui prononce sur une autre question relative à cette matière.

Au surplus, *V.* l'article *Sourd et Muet.*]]

*INTERROGATOIRE. On appelle ainsi les questions que fait un juge sur des faits civils ou criminels, et les réponses que fait celui qui est interrogé.

On donne aussi le nom d'*Interrogatoire* à un procès-verbal qui renferme les questions du juge et les réponses de celui qui est interrogé.

[[I. En matière civile, le mot *Interrogatoire* ne s'emploie seul que pour désigner les questions qui sont faites par le juge à une personne dont l'interdiction est poursuivie pour cause de démence, d'imbécillité ou de fureur, et les réponses de cette personne. *V.* l'article *Interdiction.*]]

II. En matière criminelle, l'Interrogatoire est le premier acte par lequel la procédure devient contradictoire avec l'accusé. Le tit. 14 de l'ordonnance du mois d'août 1670 a réglé ce qui devait être observé à ce sujet.

Suivant l'art. 1, le juge doit procéder à l'Interrogatoire, de manière qu'il soit commencé au plus tard dans les vingt-quatre heures de l'emprisonnement de l'accusé; et en cas d'absence, ou d'autre empêchement légitime de la part du juge, il doit y être procédé par un autre officier du siége, suivant l'ordre du tableau.

Cette diligence recommandée par l'ordonnance, a deux objets: le premier est de savoir si l'accusé est vraiment criminel; il ne serait pas juste qu'un innocent se vît exposé à rester long-temps en prison; il peut d'ailleurs avoir une défense légitime à proposer, qui diminue le crime qu'on lui impute, et lui procurer une liberté provisoire, laquelle s'accorde souvent après l'Interrogatoire subi.

Le second objet de l'ordonnance est d'empêcher que les criminels n'aient le temps d'imaginer des moyens pour obscurcir la vérité ou la déguiser; elle se découvre plus aisément quand l'Interrogatoire suit de près la capture.

Il est défendu aux geôliers et guichetiers de permettre la communication de quelque personne que ce soit, avec les prisonniers détenus pour crime, avant leur Interrogatoire, ni même après, si cela est ordonné par le juge.

L'art. 2 veut que le juge vaque en personne à l'Interrogatoire, lequel ne peut, en aucun cas, être fait par le greffier, à peine de nullité et d'interdiction contre le juge et le greffier, et de 500 livres d'amende contre chacun d'eux.

Les officiers du ministère public et les parties civiles peuvent donner des mémoires aux juges pour interroger l'accusé, tant sur les faits portés par l'information, que sur d'autres, pour s'en servir par le juge comme il avisera. Telles sont les dispositions de l'art. 3.

Suivant les art. 4 et 5, les accusés pris en flagrant délit, peuvent être interrogés dans le premier lieu qui est trouvé commode; mais ceux qui sont décrétés, doivent être interrogés au lieu où se rend la justice, dans la chambre du conseil ou de la geole.

L'art. 6 veut que, s'il y a plusieurs accusés, on les interroge chacun séparément, sans assistance d'autre personne que du juge et du greffier. Cette disposition est fondée sur ce que les accusés d'un même crime, devenant témoins les uns contre les autres, il importe, pour tirer des éclaircissemens de leurs Interrogatoires respectifs, de ne pas les interroger en présence les uns des autres.

L'accusé doit prêter serment avant d'être interrogé, et il doit en être fait mention, à peine de nullité. Cela est ainsi prescrit par l'art. 7.

Suivant l'art. 10, les hardes, meubles et autres pièces de conviction, doivent être représentés à l'accusé lors de son Interrogatoire, et les papiers et écritures paraphés par le juge et par l'accusé; après quoi, l'Interrogatoire se continue sur les faits et induction résultant des hardes, meubles et autres pièces, et l'accusé est tenu de répondre sur-le-champ, sans qu'il lui en soit donné d'autre communication, si ce n'est dans les cas de péculat, concussion, etc.

Observez au surplus que la peine de nullité n'aurait pas lieu, si le juge avait omis de faire à l'accusé la représentation des effets dont il s'agit lors d'un premier Interrogatoire; mais il faudrait alors réparer cette omission par un Interrogatoire nouveau; autrement, le jugement qui interviendrait sans que cette omission eût été réparée, serait absolument nul. C'est la disposition de l'art. 31 de l'ordonnance du mois de juillet 1737, sur le faux.

Quand l'accusé n'entend pas la langue française, l'interprète ordinaire, ou, s'il n'y en a point, celui qui est nommé d'office par le juge, après avoir prêté serment, explique à l'accusé les interrogats qui lui sont faits par le juge, et à celui-ci les réponses de l'accusé. Le tout doit être écrit en français et signé par le juge, l'interprète et l'accusé, sinon l'on doit faire mention du refus de signer. Telles sont les dispositions de l'art. 11 du titre cité de l'ordonnance de 1670.

Les art. 12 et 13 indiquent différentes formalités à remplir pour la validité d'un Interrogatoire. Elles consistent 1°. à ne laisser aucune rature ou interligne dans la minute de l'Interrogatoire; de sorte que, si l'accusé fait après coup quelques changemens dans ce qu'il a précédemment dit, on doit se contenter de faire mention de ces changemens, sans rien rayer ni changer aux choses écrites, et qui sont l'objet de ces mêmes changemens; 2°. l'Interrogatoire doit être lu à l'accusé à la fin de chaque séance; 3°. il doit être coté et paraphé par le juge, au bas de chaque page; 4°. enfin, il doit être signé à la fin, tant par le juge que par l'accusé; et si ce dernier ne sait ou ne veut pas signer, il doit en être fait mention. Toutes ces formalités sont prescrites, à peine de nullité, et même de dommages-intérêts contre le juge qui en aurait omis quelques-unes.

Comme l'Interrogatoire a pour objet de tirer de la bouche de l'accusé même l'aveu de son crime, l'art. 15 a voulu que le juge pût le réitérer toutes les fois que le cas le requerrait.

Un commentateur de l'ordonnance criminelle semble vouloir insinuer que le juge ne doit user de la permission de réitérer l'Interrogatoire que quand il survient de nouveaux chefs d'accusation.

Il est certain qu'en ce cas, cette réitération est indispensable, à peine de nullité, comme l'ont jugé divers arrêts, et particulièrement un du 14 août 1736, qui a annulé une procédure du juge de la ville d'Eu, parceque l'accusé ayant été pris en flagrant délit, et ayant été interrogé à l'instant, on ne lui avait point fait subir un nouvel Interrogatoire, en conséquence de l'information à laquelle on avait procédé depuis qu'il avait été interrogé. Mais quoiqu'il ne survienne point de nouvelles charges, le juge n'est pas moins le maître de réitérer l'Interrogatoire toutes les fois qu'il le juge à propos. La raison en est qu'on peut dans un temps tirer de l'accusé certains aveux qu'il n'a pas été possible d'en tirer auparavant.

L'art. 15 veut encore que chaque Interrogatoire soit mis dans un cahier séparé.

Dans toutes sortes de crimes, on doit donner communication de l'Interrogatoire, tant à la partie civile, qu'à la partie publique; et l'une et l'autre peuvent prendre droit par cet Interrogatoire et requérir ce qu'elles jugent à propos, savoir, la partie civile pour ses dommages-intérêts, et la partie publique pour ce qui concerne la vindicte publique. C'est ce qui résulte des art. 17 et 18.

L'accusé est aussi en droit de demander communication des Interrogatoires qu'il a

subis. Le parlement de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 12 mars 1712, rapporté au *Journal des Audiences*.

Lorsqu'il ne s'agit pas d'un crime qui soit de nature à mériter une peine afflictive, l'accusé peut, après son Interrogatoire, être admis à prendre droit par les charges, c'est-à-dire, à s'en rapporter aux dépositions des témoins. Telle est la disposition de l'art. 19.

Lorsque le ministère public et la partie civile ont été reçus à prendre droit par l'Interrogatoire, et l'accusé par les charges, la partie civile peut, selon l'art. 20, donner sa requête contenant ses demandes, et l'accusé ses réponses dans le délai qui leur est prescrit; sinon, il doit être procédé au jugement du procès.

Dans les procès criminels réglés à l'extraordinaire, l'accusé doit subir un dernier Interrogatoire en présence de tous les juges avant le jugement définitif: mais cette disposition de l'ordonnance semblait ne s'appliquer qu'aux accusés contre lesquels il y avait eu, de la part du ministère public, des conclusions qui tendaient à peine afflictive: c'est pourquoi deux déclarations des 12 janvier 1681 et 13 avril 1703 ont étendu la même disposition à tous les procès criminels réglés à l'extraordinaire et instruits par récolement et par confrontation.

Il y a néanmoins cette différence, que, quand les conclusions du ministère public tendent à peine afflictive, ou que la sentence des premiers juges porte une pareille peine, l'accusé doit être interrogé sur la sellette; au lieu que, lorsqu'il n'y a eu ni condamnation, ni conclusion à peine afflictive, l'accusé doit subir l'Interrogatoire derrière le barreau dans la chambre du conseil.

Observez que la règle qui veut que l'accusé soit interrogé sur la sellette, lorsqu'il y a une condamnation ou des conclusions à peine afflictive, ne s'applique ni aux curateurs ni aux interprètes: ceux-ci doivent toujours être interrogés derrière le barreau.

Observez aussi que, si un accusé refusait de subir Interrogatoire sur la sellette, lorsque des juges souverains le lui ordonnent, il pourrait, pour cette rébellion à justice, être puni corporellement. Papon rapporte un arrêt du 3 septembre 1566, par lequel un gentilhomme qui avait refusé de s'asseoir sur la sellette après avoir été sommé de le faire, fut condamné à être fouetté par l'exécuteur de la haute-justice, dans la conciergerie du palais.

Lorsqu'un magistrat ou autre officier de robe est décrété d'un simple assigné pour être ouï, il doit subir Interrogatoire en robe; mais en pareil cas, un gentilhomme ou un militaire doit quitter son épée: en effet, si on la lui laissait, il pourrait en résulter des inconvéniens, surtout si l'on était dans le cas de lui faire des questions qui fussent de nature à l'irriter.

C'est par ces considérations que, quand, en 1721, la cour des pairs décréta d'assigné pour être ouï le duc de la Force, il fut obligé de subir Interrogatoire sans épée. Il s'en plaignit; mais ce fut en vain. (M. Guyot.) *

[[III. Les dispositions de l'ordonnance de 1670 sur les Interrogatoires, ne font plus loi que pour les procès dont l'instruction a été commencée avant l'installation des tribunaux criminels, créés et organisés par la loi du 16-29 septembre 1791 : cela est ainsi réglé par l'art. 7 de la loi du 13 janvier 1792. Et encore est-il à remarquer qu'elles sont, pour ces procès, modifiées en plusieurs points par la loi du 9 octobre 1789.

IV. Dans la forme actuelle de procéder, les Interrogatoires des prévenus devant les officiers de police judiciaire et les juges d'instruction, ne sont sujets à aucune formalité.

En sortant des mains du juge d'instruction, autrement que par une ordonnance de mise en liberté, émanée de la chambre du conseil du tribunal de première instance ou de la chambre d'accusation de la cour royale, le prévenu doit encore être interrogé; mais il y a, sur la forme des Interrogatoires qu'il doit alors subir, une distinction à faire entre le cas où il est traduit devant le tribunal correctionnel, et celui où, mis en état d'accusation, il est traduit *devant la* cour d'assises.

Au premier cas, le prévenu ne doit être interrogé qu'à l'audience; cela résulte de l'art. 190 du Code d'instruction criminelle de 1808.

Au second cas, l'accusé a deux sortes d'Interrogatoires à subir.

D'abord, dans les vingt-quatre heures au plus tard après son arrivée dans la maison de justice, et la remise des pièces au greffe, il est entendu par le président, ou par l'un des juges que celui-ci commet à cet effet. Le greffier tient note de ses réponses, et le président la joint aux pièces. Ce sont les dispositions des art. 293 et 572.

Les art. 302 et 574 ajoutent que le conseil pourra communiquer avec l'accusé après son Interrogatoire; ce qui suppose évidemment qu'il ne peut pas communiquer avec lui auparavant. *V.* les articles *Communication* et *Conseil aux accusés*.

Ensuite, quand les débats sont ouverts, l'accusé est tenu de répondre publiquement à

toutes les questions qui lui sont faites par le président, par les juges, par le procureur général et même par les jurés.

V. Résulterait-il une nullité de ce qu'il aurait été fait lecture aux débats des Interrogatoires subis par l'accusé ou par l'un de ses complices, soit devant le juge d'instruction, soit devant le président de la cour d'assises?

François Perosset, Catherine Carlin, son épouse, et Claude Perosset, leur fils condamnés à la peine de mort, par un arrêt de la cour d'assises du département de l'Ain, en demandaient la cassation sur le fondement qu'il avait été fait lecture aux débats, non-seulement de leurs Interrogatoires écrits, mais encore de celui de Joseph Gilbert, leur co-accusé et dénonciateur, mort pendant l'instruction; et ils invoquaient l'art. 313 du Code d'instruction criminelle, qui ne permet, disaient-ils, de lire publiquement à l'audience de la cour d'assises, que l'arrêt portant renvoi de l'accusé à cette cour et l'acte d'accusation.

Mais par arrêt du 3 septembre 1812, au rapport de M. Bauchau,

« Attendu que ce moyen est fondé sur un article du Code d'instruction criminelle qui n'est pas prescrit à peine de nullité;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. Les articles *Interpellations* et *Jury*, §. 4.]]

* INTERROGATOIRE SUR FAITS ET ARTICLES. C'est, en matière civile, un acte qui se fait pour découvrir la vérité des faits articulés par une partie.

I. L'ordonnance donnée à Villers-Cotterets en 1539, permet *aux parties de se faire interroger l'une l'autre pendant le procès et sans retardation d'icelui, par le juge de la cause, ou autre plus prochain des demeurances des parties, qui à ce sera commis, sur faits et articles pertinens et concernant la cause et matière dont est question entre elles.*

Cette disposition, [[qui est empruntée du droit romain, comme on peut le voir au Digeste, titre *de interrogationibus in jure faciendis*]], a été confirmée par les ordonnances postérieures, et particulièrement par l'art. 6 de celle de Roussillon, par l'art. 168 de celle de Blois, et enfin par l'art. 1 du tit. 10 de celle du mois d'avril 1667.

[[Elle est renouvelée par l'art. 324 du Code de procédure civile.]]

II. Il faut considérer relativement aux Interrogatoires sur faits et articles, les personnes, le temps, l'objet, la juridiction, [[la forme et les résultats.]]

III. Quant aux personnes, toutes les parties indistinctement peuvent se faire réciproquement interroger; les unes pour éclaircir les faits qui établissent leur demande, les autres pour approfondir ceux qui peuvent tendre à leur défense.

Il suit de cette règle que les tuteurs peuvent être interrogés sur le fait de leurs mineurs, et que même les mineurs hors de tutelle peuvent être contraints de répondre sur ce qui est de leur connaissance dans les causes que leur curateur poursuit à cause d'eux.

[[La raison en est que le curateur n'est pas seul partie dans ces sortes d'affaires, et que les mineurs le sont véritablement comme lui. [[*V.* l'article *Ajournement*, n°. 19.]]

On peut aussi faire interroger la femme dans le cas où le mari est seul en cause pour raison de quelque action mobilière qui la concerne. Imbert [[dans ses *Instituts*, livre 1, chap. 1 et 38, n°. 4, aux notes]], cite un arrêt du 7 février 1570, qui l'a ainsi jugé.

Et par un autre arrêt du 19 décembre 1713, le parlement de Paris a jugé qu'un mari ne pouvait, sous prétexte du défaut d'autorisation, empêcher sa femme de subir Interrogatoire sur faits et articles. [[Jousse, sur l'ordonnance de 1667, tit. 10, art. 1.]]

IV. A l'égard du *temps*, comme il n'y a point de fin de non-recevoir contre la recherche de la vérité, l'Interrogatoire peut être fait en tout état de cause, depuis la contestation entamée contradictoirement jusqu'au jugement définitif, et en cause d'appel comme en cause principale. [[*Code de procédure civile*, art. 324.]]

V. Par rapport à l'*objet*, l'Interrogatoire sur faits et articles n'en peut avoir d'autre que de découvrir les faits de la cause, c'est-à-dire, ceux qui concernent la matière dont il est question; car ce sont les seuls qu'on puisse regarder comme pertinens et admissibles. Tous les faits étrangers, ceux qui ne tendent qu'à satisfaire l'animosité des parties, en un mot, tous les faits qui n'ont point un rapport direct à la contestation, doivent être rejetés, parcequ'ils sont contraires à l'objet pour lequel les Interrogatoires sur faits et articles sont autorisés.

Les héritiers du mari sont-ils fondés à faire interroger la veuve sur faits et articles, pour avoir, par sa confession, la preuve des soustractions dont ils l'accusent? Cette question a été agitée et jugée au parlement de Normandie dans l'espèce suivante :

Marie-Marguerite Maine avait épousé en premières noces un sieur Duvivier; après le décès du sieur Duvivier, sans enfans, elle épousa le sieur Le Clerc.

Les sieurs Denise, héritiers du sieur Duvivier, intentèrent, par la voie civile, contre la dame Le Clerc, une action tendant à établir qu'elle avait soustrait et déprédé la succession de son premier mari. La dame Le Clerc ayant méconnu les faits, il y eut sentence d'appointement de preuve, enquête faite et témoins reprochés.

Les sieurs Denise n'ayant pas réussi dans leur preuve, présentèrent une requête au juge, lui exposèrent les mêmes faits de soustraction et de déprédation qu'ils avaient employés dans leur requête originaire, et demandèrent à faire interroger la dame Le Clerc sur faits et articles. Elle soutint que les sieurs Denise n'étaient pas recevables dans cette demande.

« A la vérité (dit-elle), l'ordonnance de 1657 permet aux parties de se faire interroger sur faits et articles, en tout état de cause; mais si les faits sont impertinens, calomnieux ou captieux et préjudiciables, s'ils concernent le dol prétendu des parties, s'ils tendent à découvrir leur turpitude, alors elles ne sont pas tenues de répondre, et elles peuvent en demander la rejection.

» Les faits dont il s'agit, tendent à obliger la dame Le Clerc à révéler sa propre turpitude, puisqu'ils tendent à lui faire avouer qu'elle a commis un crime, on peut même dire le crime de vol, dans la succession de son mari.

» On convient que les sieurs Denise auraient pu prendre la voie de la plainte en termes généraux, et que, s'ils avaient acquis des preuves contre elle, ils auraient pu la faire décréter d'assigné pour être ouïe, et lui faire prêter Interrogatoire, avant de civiliser le procès; mais si, en prenant cette voie, ils n'avaient acquis aucune charge contre elle, ils n'auraient pu parvenir à la faire décréter; conséquemment ils n'auraient pu lui faire prêter Interrogatoire. Cependant ils prétendent qu'ayant pris la voie civile, ils ont le droit de la faire interroger, pour tirer de sa bouche l'aveu de sa turpitude, n'ayant pu la prouver par témoins.

» Une pareille forme est contraire aux lois ».

Les sieurs Denise soutenaient au contraire que la voie qu'ils avaient prise, était régulière; que les faits sur lesquels ils voulaient faire interroger la dame Le Clerc, étaient très-pertinens, puisqu'on lui demandait si elle n'avait point soustrait tel et tel objet de la succession de son mari; que, si les faits étaient vrais, ils n'étaient point calomnieux, et qu'elle devait se reprocher d'avoir commis des soustractions.

On convient (ajoutaient-ils) que, si les faits sur lesquels on veut la faire interroger, tendaient à la faire déclarer coupable de crimes capitaux ou infâmes, elle aurait raison de refuser d'y répondre; mais ils ne tendent qu'à l'obliger de rapporter à la succession de son mari ce qu'elle y a pris mal à propos, et on ne lui fait point d'injure, lorsqu'on s'en rapporte à elle sur la vérité des faits.

Par arrêt du 12 mars 1778, les sieurs Denise furent déclarés non-recevables dans les fins de leur requête tendante à faire interroger la dame Le Clerc sur faits et articles.

[[On a vu à l'article *Compellation*, n°. 4, que le parlement de Flandre a plusieurs fois jugé la même chose. Nous lisons d'ailleurs dans le Code du président Favre, *liv.* 4, *tit.* 4, *déf.* 43, que, par arrêt du 26 juin 1612, il a été jugé au sénat de Chambéry, *non cogendum quemquam jurare super positione turpi vel famosâ, puta quod usuras centesimas aut alias majores omni jure prohibitas acceperit.*

Telle est aussi la doctrine de Rebuffe, tome 3, traité *de responsionibus per credit vel non*, art. 51, gl. 1, n°. 4; de Bornier, sur l'ordonnance de 1667, tit. 10, art. 1; de Mascardus, *de probationibus*, concl. 1183, n°. 59; de Voët, sur le Digeste, titre *de interrogationibus in jure faciendis*, n°. 5.

Mais en l'examinant de près, on aperçoit bientôt qu'elle n'est fondée ni sur la raison ni sur la loi.

Elle ne l'est pas sur la raison; car, de ce que, dans le cas où j'aurais pris la voie criminelle, je ne pourrais pas forcer mon adversaire à subir un Interrogatoire, si je n'avais pas un commencement de preuve *suffisant* pour déterminer le *juge* à le faire comparaître devant lui, il ne s'ensuit nullement que je ne puisse pas le faire interroger, sans preuve préalable, lorsque je prends la voie civile. Libre dans mon choix entre l'action publique et l'action privée, lorsque je suis lésé par un délit, je dois, en exerçant l'une ou l'autre, jouir des avantages, comme souffrir les inconvéniens qui leur sont respectivement attachés.

Elle n'est pas non plus fondée sur la loi; car ni l'ordonnance de 1667, ni le Code de procédure civile ne contiennent un seul mot d'où l'on puisse inférer que des *faits pertinens* sur lesquels il est permis à toute partie de faire interroger son adversaire, on doive excepter les faits qui tendent à inculper ou déshonorer celui-ci.

Il y a plus. Les lois romaines, et notamment la loi 9, §. 2, la loi 28, §. 5, 6 et 9, D. *de jurejurando*, la loi 5, §. 8, la loi 11, §. 1, D. *de injuriis*, la loi 6, §. 4, D. *de his qui notantur infamiâ*, la loi 18, C. *ex quibus causis*

infamiâ, décident expressément que le serment décisoire peut être déféré à une partie que l'on poursuit civilement pour cause de vol, de violence ou d'injures, quoique, suivant ces lois, la condamnation, même civile, en ces matières, emporte infamie (1); et pourquoi en serait-il de l'Interrogatoire sur faits et articles, autrement que de la délation du serment décisoire?]]

Aussi un arrêt de la cour d'appel de Liége, du 5 avril 1811, a-t-il réformé un jugement du tribunal de commerce de Verviers qui avait décidé que le porteur d'un billet à ordre n'était pas tenu de répondre sur des faits et articles qui tendaient à l'inculper d'usure, et l'a-t-il réformé, « attendu que les faits et articles sont pertinens et concernent la matière, et qu'il n'y a pas lieu de dispenser » l'intimé d'y répondre sous prétexte qu'il ne » pourrait être obligé à divulguer sa propre » turpitude, parceque l'adoption d'un pareil » système tendrait à favoriser l'usure (2) ».

V. *bis.* Le jugement qui, aux termes de l'art. 325 du Code de procédure civile, ordonne l'Interrogatoire d'une partie sur les faits articulés par son adversaire, forme-t-il obstacle à ce que cette partie s'oppose à l'Interrogatoire sur le fondement que les faits ne sont pas pertinens?

Il ne pourrait y former obstacle qu'autant qu'il aurait l'autorité de la chose jugée sur la pertinence des faits. Or, comment pourrait-il avoir cette autorité? C'est sur une simple requête qu'il doit être rendu; et l'art. 79 du décret du 16 février 1807, concernant le tarif des frais judiciaires, dit expressément que « cette requête ne sera point signifiée ni la partie appelée avant le jugement qui admettra » ou rejetera la demande à fin de faire interroger: elle ne sera notifiée (ajoute-t-il) » qu'avec le jugement et l'ordonnance du juge » commis pour faire subir l'interrogatoire ».

Cette disposition explique clairement l'art. 325 du Code de procédure civile. Dès que la partie ne doit pas être entendue avant le jugement, il est impossible que le jugement ait contre elle l'autorité de la chose jugée; elle a donc nécessairement le droit d'y former opposition, en déniant la pertinence des faits.

Aussi Pigeau (*Traité de la procédure civile*, liv. 2, part. 2, tit. 3, chap. 1, sect. 1, §. 1, n°. 8) remarque-t-il que, *si les faits ne sont pas pertinens et concluans, le défendeur peut refuser de répondre; qu'alors le commissaire renvoie les parties à l'audience pour statuer sur ce refus; et que s'il est fondé, la partie est dispensée de répondre.*

On a cependant prétendu le contraire devant la cour d'appel de Bruxelles, dans une espèce rapportée dans mon *Recueil de Questions de droit*, à l'article *Transaction*, §. 8; mais, comme on le verra au même endroit, un arrêt de cette cour, du 1er. décembre 1810, a formellement condamné cette prétention.]]

VI. Relativement à la *juridiction*, comme ces sortes d'Interrogatoires sont principalement pour l'Instruction du juge qui est saisi de la contestation, lui seul est compétent pour les faire. Il y a cependant sur cela une exception; c'est lorsque la partie qu'on veut faire interroger n'est pas présente, et qu'elle a un domicile éloigné du lieu où siége la juridiction. Alors le juge où le différend est pendant, peut commettre celui du lieu du domicile de la partie, pour faire l'Interrogatoire, ou quelqu'autre à portée de le faire: mais, comme dans ce cas ce n'est que sur le mandement du juge saisi de la contestation que l'Interrogatoire se fait, il est censé avoir été fait par lui-même.

[[Tout cela est ainsi réglé par l'art. 1 du tit. 10 de l'ordonnance de 1667.

Le Code de procédure civile contient les mêmes dispositions.

« Art. 325. Il y sera procédé (à l'Interrogatoire), soit devant le président, soit devant un juge par lui commis.

» 326. En cas d'éloignement, le président pourra commettre le président du tribunal dans le ressort duquel la partie réside, ou le juge de paix du canton de cette résidence ».

La seule qualité d'étranger domicilié hors de France, suffirait-elle pour dispenser un plaideur de venir répondre en personne devant un juge national, à l'Interrogatoire que son adversaire voudrait lui faire subir?

Jacques Vondevalles, marchand à Francfort, s'étant pourvu au conseil souverain de Colmar, le 7 décembre 1753, contre Liefmann Dreyfues, juif, demeurant à Hattstatt, celui-ci a demandé que Vondevalles fût interrogé sur faits et articles.

Vondevalles y a consenti, mais il a prétendu qu'étant étranger et attaqué de maladie, il devait être admis à prêter son Interrogatoire entre les mains du juge de Francfort, aux of-

(1) *V.* à l'article *Serment*, §. 2, art. 2, n°. 2, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 1er. février 1809, sur la question de savoir si un débiteur peut déférer le serment à son créancier sur l'usure qu'il lui impute.

(2) Décisions notables des cours d'appel de Bruxelles et de Liége, tome 2, page 175.

fres de faire envoyer le procès-verbal clos et cacheté au greffe du conseil souverain.

Liefmann Dreyfues, de son côté, a donné une requête par laquelle il a déclaré consentir, 1°. à ce qu'il fût accordé un nouveau délai à Vondevalles pour se faire interroger, puisque sa santé ne lui permettait pas pour lors de voyager; 2°. à ce qu'il lui fût délivré exécutoire pour les frais de son voyage, après l'Interrogatoire subi, suivant la taxe du commissaire.

Par arrêt du 26 avril 1754, le conseil, *sous le mérite des offres et déclarations contenues en la requête de Liefmann Dreyfues*, a débouté Vondevalles de sa prétention, et l'a condamné aux dépens.]]

VII. On ne peut point donner d'assignation pour faire interroger sur faits et articles, qu'on n'ait obtenu du juge une ordonnance qui le permette. Pour cet effet, on présente une requête au siége où le différend est pendant; l'ordonnance qui est mise au bas, commet, si c'est à Paris, un commissaire du châtelet, et, si c'est ailleurs, un des conseillers du tribunal, à l'effet de faire l'Interrogatoire; si l'affaire est appointée, c'est ordinairement le conseiller-rapporteur qui est commis. On prend ensuite l'ordonnance de l'officier commis; et en vertu de cette seule ordonnance, qui est exécutoire partout, même hors du ressort, on donne l'assignation au jour et à l'heure indiqués par le commissaire dans son ordonnance.

[[Aujourd'hui, « le juge commis indique, » au bas de l'ordonnance qui l'a nommé, les » jour et heure de l'Interrogatoire; le tout » sans qu'il soit besoin de procès-verbal con» tenant réquisition ou délivrance de l'or» donnance ». *Code de procédure civile*, art. 327.]]

L'Interrogatoire sur faits et articles étant un acte purement personnel à la partie, le législateur a voulu qu'elle fût assignée à personne ou domicile, et non à aucun domicile élu, ni à celui de son procureur.

Il faut d'ailleurs que l'assignation soit accompagnée de la copie de l'ordonnance et de celle des faits et articles; [[et qu'elle soit donnée vingt-quatre heures au moins avant l'Interrogatoire, par un huissier qu'aura commis à cet effet le juge qui devra y procéder. Tout cela est ainsi réglé par l'art. 329 du Code de procédure civile.]]

Nous observerons à ce sujet, que, lors de l'examen de l'ordonnance de 1667, on balança long-temps la question de savoir si l'on devait signifier les faits et articles à la partie avant de la faire interroger.

On disait pour l'affirmative, que cette sorte de communication avait pour objet d'empêcher qu'une personne simple ne fût surprise par la proposition de faits imprévus dont elle aurait perdu la mémoire; que d'ailleurs un héritier interrogé sur le fait d'une succession nouvellement recueillie, ne pouvait répondre sans avoir fait des recherches préalables, etc.

On disait pour la négative, que communiquer les faits, c'était donner le moyen de se préparer contre la vérité; que chacun devait savoir ce qui était de son fait; qu'ordinairement ceux qu'on interrogeait, consultaient bien moins leur conscience que les gens de palais sur ce qu'ils avaient à dire; qu'ils apportaient leurs réponses toutes faites, en sorte que tout l'effet de leur Interrogatoire consistait à transcrire des réponses que la partie avait déjà elle-même rédigées par écrit; qu'une telle communication n'était le plus souvent que l'occasion d'un parjure prémédité; au lieu qu'une partie qui venait subir Interrogatoire sans préparation, avec intention de déguiser la vérité, tombait nécessairement dans des contradictions qui servaient à la faire découvrir.

Cette contrariété de raisons pour et contre avait donné lieu, avant l'ordonnance, à une contrariété de jurisprudence. Au parlement de Paris et dans son ressort, on était dans l'usage de donner communication des faits avant l'Interrogatoire. Au parlement de Normandie, cette communication n'était point tolérée, et les parties étaient obligées de répondre sans préparation.

L'ordonnance a donné la préférence à la jurisprudence du parlement de Paris, en prescrivant qu'on donnât copie des faits et articles avec l'assignation. Cependant cette disposition est mitigée dans l'usage : car, quoiqu'on semble satisfaire à la loi, en donnant copie de certains faits avec l'assignation, on garde ordinairement les plus importans, dont on fait un mémoire secret qu'on donne au commissaire, qui interroge la partie tant sur les uns que sur les autres.

[[L'art. 333 du Code de procédure confirme implicitement cet usage par l'obligation qu'il impose à la partie interrogée, de répondre, non-seulement aux faits contenus en la requête, même à ceux sur lesquels le juge l'interrogera d'office.]]

VIII. Si, au jour indiqué par l'assignation, la partie ne se présente pas ou fait refus de répondre, il doit en être dressé un procès-verbal sommaire, en conséquence duquel les faits doivent être tenus pour *confessés* et avérés, sans qu'il faille obtenir pour cet effet aucun arrêt ou jugement, ni qu'il faille faire réas-

signer la partie. C'est ce qui résulte de l'art. 4 du tit. 10 déjà cité de l'ordonnance de 1667.

[[A cette disposition, l'art. 330 du Code de procédure civile substitue celle-ci : « Si » l'assigné ne comparaît pas, ou refuse de » répondre après avoir comparu, il en sera » dressé procès-verbal sommaire, *et les faits* » *pourront être tenus pour avérés* ».]]

Observez néanmoins que, quoique, par la non-comparution, les faits doivent demeurer pour avérés, l'ordonnance accorde une ressource à la partie non-comparante pour se relever de cette peine : elle lui permet de se présenter avant le jugement du procès pour subir Interrogatoire, et par ce moyen, les faits cessent d'être tenus pour confessés. Cependant pour la punir de ne s'être point présentée d'abord, le législateur a voulu, par l'art. 5, que non-seulement les frais de son Interrogatoire fussent à sa charge, mais encore qu'elle fût obligée de rembourser les dépens du procès-verbal de non-comparution, sans qu'elle pût les répéter en définitif, même en gagnant son procès.

[[Telle est aussi la disposition de l'art. 331 du Code de procédure civile.]]

IX. Avant l'ordonnance de Roussillon, les parties pouvaient répondre par écrit aux faits et articles, ou par procureur, pourvu que ce fût en vertu d'une procuration spéciale. Mais cette loi régla que dorénavant *les réponses de vérités sur articles pertinens seraient faites par les parties en personne et non par procureur ni par écrit.* Cette disposition a été adoptée par l'ordonnance de 1667, art. 6, qui veut d'ailleurs que, dans le cas de maladie ou autre empêchement légitime, le juge se transporte au domicile de la partie pour recevoir son Interrogatoire.

[[Les art. 328 et 333 du Code de procédure civile disent la même chose. L'art. 333 ajoute d'ailleurs qu'en répondant en personne, la partie ne peut lire aucun projet de réponse par écrit ni être assistée d'un conseil.]]

X. L'art. 3 du tit. 10 de l'ordonnance de 1667, ayant voulu qu'on donnât connaissance à la partie des faits sur lesquels elle serait interrogée, on aurait pu en tirer la conséquence qu'elle ne pourrait être interrogée sur d'autres faits sans rendre la disposition de la loi illusoire : cependant, comme les réponses de la partie interrogée peuvent donner lieu à de nouveaux interrogats, l'art. 7 a réglé que le juge pourrait l'interroger d'office sur des faits dont il ne lui aurait point donné copie.

[[On vient de voir, n°. 7, que cette disposition est renouvelée par l'art. 333 du Code de procédure civile.]]

XI. Les réponses de la partie interrogée doivent être écrites séparément les unes des autres, à la suite de chaque fait, sans aucun terme injurieux ni calomnieux; et avant de procéder à l'Interrogatoire, le juge doit faire prêter serment à la partie, que ses réponses seront conformes à la vérité. Cela est ainsi prescrit par les art. 7 et 8.

[[Mais aujourd'hui, la partie interrogée ne prête plus serment. Seulement, lorsque l'Interrogatoire est achevé et qu'il lui en a été donné lecture, elle doit être interpellée de déclarer si elle a dit la vérité et si elle persiste. Telle est la règle établie par l'art. 334 du Code de procédure civile.

Si, après la lecture, la partie « ajoute (dit » le même article), l'addition sera rédigée en » marge ou à la suite de l'Interrogatoire; » elle lui sera lue, et il lui sera fait la même » interpellation : elle signera l'Interrogatoire » et les additions; et si elle ne sait ou ne » veut signer, il en sera fait mention ».]]

XII. Il est d'usage, dans les tribunaux de la province du Dauphiné, que la partie qui fait interroger sur faits et articles, soit présente à l'Interrogatoire.

Le sieur Biousse du Plan a voulu s'élever contre cet usage dans une instance qu'il a eue à soutenir contre la dame La Condamine, sa sœur, et dans laquelle il était obligé de donner des réponses catégoriques.

Il a prétendu que la dame La Condamine ne pouvait être présente à l'Interrogatoire; il se fondait sur la disposition de l'art. 7 du tit. 10 de l'ordonnance de 1667, portant « que » le juge, *après avoir* pris le *serment*, rece- » vra les réponses sur chacun fait et article, » et pourra même d'office interroger sur au- » cuns faits, quoiqu'il n'en ait pas été donné » copie »; ce qui excluait, suivant le sieur du Plan, la présence de la partie qui fait interroger. Il invoquait la jurisprudence de divers parlemens, favorable à sa prétention; celle de Toulouse, attestée par Rhodier; celle de Bourgogne, par Bouvot; celle de Paris, par Ferrière, Jousse, et singulièrement Dumoulin, qui ayant eu un procès en son nom, et persuadé que sa partie ne nierait pas aussi facilement en sa présence, demanda qu'il lui fût permis d'assister à l'Interrogatoire; de quoi il fut débouté. *Ego*, (ce sont les termes de Dumoulin), *contrà fratrem Antonii Duprat dedi requestam, ut, me præsente, interrogaretur, quia non tam facilè negaret, sed nolueruht judices.* Le sieur du Plan ajoutait que la présence des parties tirait en effet à conséquence en pareil cas, en ce qu'elle pouvait donner lieu à des rixes, à des irrévérences envers le juge.

00079292

On répondait de la part de la dame La Condamine, qu'il est de principe que tout ce que la loi ne défend pas expressément, est censé permis; que, bien loin qu'il y eût une prohibition expresse dans l'ordonnance, pour le cas dont il s'agit, on pouvait argumenter au contraire de l'art. 7 du titre 10, parcequ'il ne serait pas possible au juge d'interroger d'office et de deviner des faits dont il n'a pas donné copie, si la partie qui poursuit n'était présente pour les lui suggérer au fur et à mesure; que, lorsque l'ordonnance avait voulu exclure dans quelque procédure la présence des parties, elle avait bien su l'exprimer: témoin l'art. 15 du tit. 22, qui est formel sur l'exclusion de leur assistance aux enquêtes secrètes; que ce n'était point l'usage des ressorts étrangers qu'il fallait consulter, mais celui de tous les tribunaux de la province, qui était constant et immémorial; que cet usage était infiniment plus avantageux, en ce que, pour l'ordinaire, ce n'est qu'à l'Interrogatoire sur un fait suggéré à l'instant par la partie qui poursuit, et non médité par l'autre, que la vérité se découvre.

Sur cette contestation, le sénéchal de Valence rendit une sentence, qui permit à la dame La Condamine de continuer de paraître à l'Interrogatoire; et sur l'appel du sieur du Plan, intervint arrêt, le 7 juillet 1779, qui confirma la sentence avec amende et dépens, après un délibéré sur le registre.

[[Cette jurisprudence est condamnée par l'art. 333 du Code de procédure civile: « Celui qui aura requis l'Interrogatoire (y est-il dit), ne pourra y assister ».]]

XIII. Comme il ne serait pas possible, lorsqu'il s'agit d'un corps ou d'une communauté composée d'un grand nombre de personnes, d'exécuter la disposition de l'art. 6 du tit. 22 de l'ordonnance de 1667, qui veut que les Interrogatoires soient subis en personne, et non par procureur ni par écrit, l'art. 9 a dérogé à cette règle, en établissant que les chapitres, corps et communautés pourraient répondre aux faits et articles par procureur; mais il faut que le pouvoir du procureur soit spécial, et que les réponses à chaque fait y soient détaillées et affirmées véritables; autrement, les faits doivent être tenus pour confessés et avérés. Par-là, le législateur a prévenu un abus qui, avant l'ordonnance, avait lieu dans cette sorte de cas; il consistait en ce que certains corps ou communautés, assignés pour être interrogés sur faits et articles, chargeaient de la procuration pour répondre, un jeune chanoine ou religieux qui n'avait aucune connaissance des affaires, et qui par conséquent ne pouvait répondre pertinemment sur les faits; au moyen de quoi ces Interrogatoires devenaient inutiles et illusoires.

Au reste, il y a quelquefois dans les affaires de communauté, certains faits personnels à ceux qui ont été chargés de leurs intérêts, et qu'il est important d'éclaircir par leur propre bouche: l'ordonnance permet en pareil cas « de faire interroger les syndics, procureurs et autres qui ont agi par les ordres » de la communauté, sur les faits qui les concerneront en particulier, pour y avoir, par » le juge, tel égard que de raison ».

[[L'art. 336 du Code de procédure civile contient les mêmes dispositions pour *les administrations d'établissemens publics*, sauf qu'au lieu de dire, comme l'ordonnance de 1667, qu'à défaut par les administrateurs de donner un pouvoir spécial pour répondre en leur nom *les faits* SERONT *tenus pour confessés*, il dit seulement qu'en ce cas, *les faits* POURRONT *être tenus pour avérés*. *V.* ci-devant n°. 8.]]

XIV. Selon le droit romain, les Interrogatoires se faisaient à frais communs. Dans la suite, la partie qui provoquait l'Interrogatoire fut chargée d'en faire les avances; mais elle pouvait les répéter lorsqu'elle gagnait son procès. Aujourd'hui, ces sortes de frais sont au nombre des frais préjudiciaux. L'ordonnance a réglé par l'art. 10 du titre cité, que la partie qui aurait requis l'Interrogatoire supporterait seule les frais, sans pouvoir les faire entrer en taxe, quand même la partie adverse serait condamnée aux dépens. Le législateur a pensé qu'il n'y avait que ce moyen pour déterminer les parties par leur propre intérêt, à ne plus surcharger de faits inutiles un Interrogatoire, comme cela se pratiquait précédemment.

[[Cette disposition ne se trouve pas dans le Code de procédure civile, et par conséquent elle est abrogée par l'art. 1041 de ce Code. Aussi le décret du 16 février 1807 détermine-t-il, art. 29, la taxe des dépens « de la requête » et des ordonnances pour faire subir Interrogatoire sur faits et articles »; et art. 70, celle des dépens « de la signification de » l'Interrogatoire sur faits et articles ».]]

XV. Quand l'Interrogatoire sur faits et articles est terminé, la partie qui veut en faire usage, lève le procès-verbal pour en faire lecture à l'audience, s'il s'agit d'une cause d'audience, ou pour le produire par production nouvelle, si c'est un procès par écrit. (M. GUYOT.)*

[[L'art. 335 du Code de procédure civile porte que « la partie qui voudra faire usage

de l'Interrogatoire, le fera signifier sans qu'il puisse être un sujet d'écriture de part ni d'autre.

V. les articles *Confession*, *Compellation*, *Preuve*, sect 2, §. 1.]]

XVI. La dénégation que la partie interrogée a faite sous serment, du fait qui était l'objet de son Interrogatoire, ôte-t-elle à son adversaire le droit de faire lui-même la preuve directe de ce fait? En d'autres termes, doit-on considérer comme un serment décisoire contre lequel nulle preuve ne puisse être admise, le serment qui précède un Interrogatoire sur faits et articles?

Ce n'est assurément pas pour rendre une partie juge dans sa propre cause, qu'on la fait interroger sur faits et articles; c'est au contraire pour s'aider de ses réponses et dans l'espérance d'y trouver des armes pour combattre ses prétentions. Ce serait donc aller contre la maxime, *actus non debet operari ultrà intentionem agentis*, que d'attribuer au serment qui précède l'Interrogatoire, l'effet du serment déféré comme moyen de terminer le procès sans débat ultérieur; et c'est assez dire que notre question ne peut être résolue que pour la négative.

Ce que le bon sens nous dicte à cet égard, Pothier l'enseigne en termes exprès dans son *Traité des obligations*, n°. 826 : « Lorsqu'une » partie (dit-il) signifie des faits sur lesquels » elle fait ordonner que l'autre partie sera » interrogée par le juge, le serment que fait » la partie interrogée est bien différent du » serment décisoire : au lieu que le serment » décisoire fait preuve pour celui qui le fait, » au contraire celui-ci ne fait aucune preuve » en faveur de celui qui le fait; les réponses » que fait la partie interrogée, ne font de » preuve que contre elle, et n'en font aucune » en sa faveur. La raison de cette différence » est que celui qui fait interroger sa partie » sur certains faits et articles, ne le fait pas » dans l'intention de faire dépendre la déci- » sion de la question de ce que la partie inter- » rogée répondra et affirmera, mais elle ne » lui fait subir cet Interrogatoire que pour » tirer à son profit quelques preuves ou pré- » somptions des aveux que la partie interro- » gée fera, ou des contradictions dans les- » quelles elle tombera, *ut confitendo vel men-* » *tiendo se oneret*, loi 4, D. *de interrogatio-* » *nibus in jure faciendis* ».

Voici cependant une espèce dans laquelle on a soutenu le contraire, mais inutilement.

Les héritiers Churlet, poursuivis par le sieur Nallet en paiement d'une somme de 295 livres pour restant du prix d'une vente faite par acte notarié du 2 août 1790, soutiennent avoir déjà payé cette somme, et demandent, *sous toutes réserves de droit*, que leur prétendu créancier soit interrogé sur faits et articles.

Jugement en dernier ressort du tribunal civil de l'arrondissement de Bourg, alors pays de droit écrit, qui ordonne l'Interrogatoire.

En conséquence, le sieur Nallet, interrogé judiciairement sur la question de savoir s'il a effectivement touché la somme dont il s'agit, répond sous serment que non, et qu'elle lui est encore légitimement due.

Les choses en cet état, les héritiers Churlet, forts d'un commencement de preuve par écrit du paiement qu'ils articulent, offrent de le prouver par témoins.

Le sieur Nallet prétend que cette preuve est inadmissible, parceque le serment qu'il a prêté avant son Interrogatoire sur faits et articles, a, dit-il, tous les caractères d'un serment décisoire.

Le 2 pluviôse an 12, jugement en dernier ressort qui admet la preuve; et d'après l'enquête, jugement définitif qui décide que les 295 livres ont été réellement payées.

Le sieur Nallet se pourvoit en cassation contre le premier de ces deux jugemens, qu'il attaque comme violant les lois romaines relatives à l'effet du serment décisoire; et il conclud à ce que, par suite, le second soit également cassé.

Mais, par arrêt du 7 frimaire an 13, au rapport de M. Chasle, et sur les conclusions de M. Lecoutour, sa requête est rejetée, « Attendu qu'un Interrogatoire sur faits et arti- » cles, demandé par l'une des parties et subi » par l'autre, n'empêche pas l'admission à la » preuve testimoniale ou tout autre genre de » preuve de ces mêmes faits, et que le ser- » ment qui doit précéder l'Interrogatoire, » n'est point un serment décisoire, principa- » lement lorsque, comme dans l'espèce, l'In- » terrogatoire n'a été provoqué que sous tou- » tes réserves de droit ».

On voit que cet arrêt commence par mettre purement et simplement en principe *que le serment qui doit précéder l'Interrogatoire, n'est point un serment décisoire.* Il ne faut donc pas conclure du membre de phrase qui le termine, qu'il eût mieux accueilli le recours en cassation du sieur Nallet, si la question se fût présentée en thèse générale et dégagée de la circonstance particulière que les héritiers Churlet n'avaient provoqué l'Interrogatoire sur faits et articles, que *sous toutes réserves de droit.*

FIN DU QUINZIÈME VOLUME.

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 18 July, 2018